

Bruk av fullmakter i helseforhold

Kandidatnummer: 803

Leveringsfrist: 25.4.2015

Antall ord: 17 892



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Sentrale begreper	2
1.3.1	Helseforhold	2
1.3.2	Helsehjelp	2
1.3.3	Fullmakt	3
1.3.4	Fremtidsfullmakt	4
1.4	Den videre fremstillingen	6
2	DEN PERSONLIGE AUTONOMI OG HANDLEFRIHET	7
2.1	Utgangspunktet – handlefrihet i helseforhold	7
2.2	Begrensninger i handlefriheten	8
3	REPRESENTASJONSMULIGHETER I HELSERETTEN	9
3.1	Representasjonsmuligheter etter Pasientrettighetsloven	9
3.2	Representasjonsmuligheter etter Vergemålsloven	10
3.3	Representasjonsmuligheter etter Forvaltningsloven	10
4	KRAV TIL PASIENTEN SOM FULLMAKTSGIVER	12
4.1	Pasienter som er samtykkekompetente på behandlingstidspunktet	12
4.2	Pasienter som ikke er samtykkekompetente på behandlingstidspunktet – muligheter for å gi fullmakt med virkning i fremtiden	12
4.3	Pasienter mellom 16 og 18 år	15
4.4	Krav til fullmektig i helseforhold	17
5	FORMKRAV TIL HELSEFULLMAKTER	19
5.1	Stiftelse av fullmakt	19
5.1.1	Innledning	19
5.1.2	Skriftlighet	19
5.1.3	Underskrift fra fullmaktsgiver og fullmektig	22
5.1.4	Vitner	23
5.1.5	Registrering	24
5.1.6	Annen tilleggsdokumentasjon	25
5.2	Tidspunktet for fullmakten	26
5.3	Virkningen av formmangler	27

5.4	Opphør av fullmakten.....	28
6	DET MATERIELLE INNHOLDET I FULLMAKTEN	29
6.1	Materielle begrensninger etter lov.....	29
6.1.1	Handlingsrommet for selvbestemmelsesretten i helseforhold	29
6.1.2	Avtaler som strider mot ærbarhet eller lov	30
6.2	Fullmaktens rammer.....	33
6.2.1	Innledning	33
6.2.2	Tolkningsprinsipper for fullmakter	34
6.2.3	Informert samtykke som ramme for fullmakten	36
6.2.4	Fullmaktsgivers interesse som ramme for fullmakten	40
6.2.5	Fullmektig handler i strid med fullmakten eller intern instruks.....	42
6.2.6	Fullmaktsgiver motsetter seg behandling som er i samsvar med fullmakten	43
6.3	Livstestament	44
7	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	49
	LITTERATURLISTE.....	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for avhandlingen er pasientens rett til å delegere sin selvbestemmelsesrett i helseforhold, og hvilke krav som stilles for at en slik disposisjon skal være gyldig.

Pasientenes rett til selvbestemmelse og beskyttelse av egen fysiske integritet er viktige hensyn i helseretten. Men hva gjøres for å ivareta dette også i de situasjonene der pasienten ikke selv har mulighet til, eller ikke ønsker, å utøve sin rett?

Bruken av fullmakter og pasienters selvbestemmelsesrett springer begge ut av det grunnleggende rettsprinsippet om handlefrihet. Brukerorientering er et grunnleggende og allment akseptert moment i organiseringen av den offentlige forvaltning.¹ I denne avhandlingen ønsker jeg å vurdere pasientenes handlefrihet til å delegere sin selvbestemmelsesrett og hvordan dette fungerer i møte med helsevesenet.

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilke krav som stilles til bruk av fullmakt i helseforhold. Innenfor avhandlingens hovedproblemstilling vil jeg redegjøre for følgende krav: (i) kan en annen enn pasienten selv gi samtykke til helsehjelp på pasientens vegne med hjemmel i fullmakt, (ii) hvilke krav stilles til pasienter som gir denne typen fullmakt, (iii) hvilke formkrav stilles til fullmakten og (iv) er det noen begrensninger på hva det materielle innholdet i fullmakten kan være. I sammenheng med problemstilling iv vil jeg se på bruken av livstestamenter i helseforhold.

1.2 Avgrensninger

Grunnet avhandlingens begrensede omfang vil jeg ikke omtale pasienter som faller inn under lov om psykisk helsevern, verken når det gjelder psykisk eller somatisk behandling av de disse pasientene.

Innenfor avhandlingens tema vil jeg behandle de situasjoner hvor pasienten er i kontakt med helsevesenet for somatisk behandling. I denne sammenhengen vil jeg se på de muligheter en pasient har til å samtykke til helsehjelp slik det er definert i avhandlingens punkt 1.3.2. Fordi jeg vil se på de tilfeller hvor pasienten selv skal ta stilling til om han skal ha helsehjelp, og eventuelt hvilken helsehjelp han skal ha, vil jeg ikke ta for meg situasjoner hvor helsepersonell er forpliktet å gi øyeblikkelig hjelp jf. hlspl. § 7 eller der det foreligger tvangsgrunnlag

¹ Se om dette Kjellevold (2006) s.17-18

for å gi helsehjelp jf. pasrl. kap. 4A Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.

Innenfor avhandlingens tema og problemstilling, men utenfor det jeg vil behandle, faller også de særlige spørsmål som gjør seg gjeldende for mindreårige og ikke helserettslig samtykkekompetente pasienter under 16 år.

Jeg vil konsentrere meg om forholdet mellom pasienten og helsepersonellet. Jeg vil bare unntaksvis ta for meg problemstillinger som relaterer seg til det interne forholdet mellom pasienten og dennes fullmektig.

1.3 Sentrale begreper

1.3.1 Helseforhold

Problemstillingene mine knytter seg til bruken av fullmakter i helseforhold. En viktig premiss blir dermed hva som menes med helseforhold.

Med helseforhold sikter jeg til de situasjoner der individer blir mottakere av helsehjelp fra det offentlige eller det private helsevesen, eller der individer er i kontakt med helsevesenet for å søke helsehjelp.

1.3.2 Helsehjelp

I helsepersonelloven (heretter: hlspl) § 3 tredje ledd er helsehjelp definert slik at det omfatter ”enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål”.

Pasrl. § 1-3 bokstav c definerer helsehjelp på samme måte som helsepersonelloven. I tillegg til de fem punktene som listes i helsepersonelloven, oppgis her handlinger som har ”pleie og omsorgsformål”.

Begge lovene ble vedtatt samtidig. Det at de legger til grunn to forskjellige definisjoner av helsehjelp er ikke kommentert i forarbeidene til noen av lovene, og kan ikke være ment å innebære at de skal ha forskjellige anvendelsesområde i praksis.²

Konsekvensen av at noen mottar helsehjelp, slik det her er definert, er at de blir ansett å være en pasient jf. pasrl. § 1-3 bokstav a.

² Slik også Syse (2004) s.107

Det er et viktig tilleggskrav at helsehjelpen må utføres av helsepersonell. Handlinger som faller inn under opplistingen, men som ikke er utført av helsepersonell, vil ikke være helsehjelp jf. hlspl § 3 tredje ledd og pasrl. § 1-3 bokstav c. Loven krever ikke at helsepersonellet skal lykkes med sin behandling eller forebyggende handling. Alt loven krever, er at helsepersonellet utfører en handling med den vilje at det skal oppfylle et av de definerte målene.

1.3.3 Fullmakt

En fullmakt er et representasjonsforhold. Med representasjon, eller fullmaktsforhold, mener jeg de situasjoner der en fysisk eller juridisk person opptrer på vegne av en annen. Han vil da være mellommann i forholdet mellom den han representerer og tredjemann.³

Det finnes flere typer fullmakter, og ordet blir brukt i flere betydninger. Fullmakt brukes om rettsforholdet mellom fullmektig, fullmaktsgiver og tredjeperson. Det brukes også om den disposisjonen som representasjonen har sitt grunnlag i. Der rettsgrunnlaget er et skriftlig dokument kan dokumentet også kalles for fullmakt.⁴

Vår personlige eller private autonomi er rettsgrunnlaget for at vi kan gi andre rett til å inngå bindende avtaler på våre vegne. Men for at en fullmektig skal kunne disponere på fullmaktsgivers vegne må det også foreligge en disposisjon fra fullmaktsgiver. Arnholm kaller dette for et ”dispositivt utsagn” eller et ”rettsutsagn”. Med dette mener han at det må foreligge et utsagn som parten, her fullmaktsgiver, ønsker at skal medføre visse rettsvirkninger.⁵

Fullmakter brukes ofte i kontraktsforhold. De vanligste situasjonene er de tilfellene der fullmaktsgiver gir en fullmektig rett til å inngå en avtale om kjøp på sine vegne. Fullmektigen vil da bli stående utenfor den endelige kjøpsavtalen, som vil ha bindende virkning mellom fullmaktsgiveren og medkontrahenten. Avtaleloven regulerer bruken av fullmakter i økonomiske forhold, men ikke i personlige forhold jf. avtaleloven (heretter: avtl.) § 41.

Gjennom lovgivning har lovgiver regulert noen former for representasjonsforhold som ikke har sitt opphav i en disposisjon fra den representerte. Reglene om vergemål er et eksempel på denne typen representasjonsforhold.

Vi kan gruppere fullmaktene etter hva slags rettsgrunnlag som konstituerer representasjonsforholdet. Avtalelovens system legger til grunn bruken av tre typer fullmakter: stillingsfull-

³ Lassen (1992) s.9

⁴ Lassen (1992) s.25

⁵ Arnholm (1949) s.14-15

makter, frasagnsfullmakter og oppdragsfullmakter.⁶ En stillingsfullmakt er et fullmaktsforhold som oppstår i kraft av at fullmektigen inntar en stilling etter avtale med fullmaktsgiveren. Et eksempel på dette er en ansatt i kassa på et supermarked som i kraft av sin stilling har rett til å ta i mot betaling på vegne av butikken. Frasagnsfullmakter kjennetegnes ved at fullmaktsgiveren utad informerer om fullmakten ved en tilkjenneivelse rettet til den eller de tredjemenn som fullmakten skal gjelde overfor. En oppdragsfullmakt har sitt grunnlag i disposisjonen fra fullmaktsgiveren til fullmektigen. Ved bruk av oppdragsfullmakt blir ikke tredjeperson informert om fullmakten av fullmaktsgiver. Tredjepersonen må forholde seg til fullmektigens ord på at han har fullmakt. En oppdragsfullmakt kan også fremkomme i et skriftlig dokument som fullmektigen kan vise til tredjeperson.

Man kan ikke få en helsefullmakt gjennom sin stilling, men både frasagnsfullmakter og oppdragsfullmakter kan være aktuelt. Om det ligger noen formkrav til bruken av fullmakter som innebærer en begrensning i bruken av oppdragsfullmakter og frasagnsfullmakter, vil jeg komme tilbake til i punkt 5.

1.3.4 Fremtidsfullmakt

Vergemålsloven § 78 lyder:

”En fremtidsfullmakt er en fullmakt til én eller flere personer om å representere fullmaktsgiveren etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områdene som omfattes av fullmakten.”

Reglene om fremtidsfullmakter var en prinsipiell nyvinning for norsk rett som ble introdusert gjennom lovforarbeidene til vergemålsloven av 2010. Reglene fungerer som et supplement til avtalelovens regler om fullmakter.

Begrepet fremtidsfullmakt ble først foreslått i NOU 2004:16 *Vergemål*. Før dette ble omtalt i norsk rett hadde det i lengre tid vært diskutert i teorien i både nordisk og europeisk rett. Forslaget om et alternativ til en offentlig oppnevnt representant ble begrunnet i hensynet til den enkeltes selvbestemmelse (autonomi).⁷ I Sverige ble fremtidsfullmakter introdusert samtidig som i Norge ved SOU 2004:112. Det er en rekke andre europeiske land som allerede har innført bruken av fremtidsfullmakter, blant annet: England og Wales i 1985, Tyskland i 1998-99 og Skottland i 2000.⁸

⁶ Se avtaleloven §§ 10 andre ledd, 15 og 18

⁷ NOU 2004:16 s.291

⁸ Enduring Powers of Attorney Act 1985 i dag Mental Capacity Act 2005, BGBs fjerde bok om familierett ”Vorsorgevollmacht”, Adults with Incapacity Act 2000

Forslaget om å innføre fremtidsfullmakter i norsk rett ble fulgt opp i Ot.prp.nr 110 (2008-2009) *Om lov om vergemål* (vergemålsloven).

I europarådsrekommendasjon R (99) 4 om prinsipper vedrørende den rettslige beskyttelsen av inkapable voksne heter det i prinsipp 2 (7) at det skal overveies om det er behov for å regulere en ordning hvor en person, som er habil, kan treffe beslutninger om hva som skal skje ved etterfølgende inhabilitet.⁹ Europarådsrekommendasjonen er trolig en del av bakgrunnen for hvorfor fremtidsfullmakter ble tatt opp som forslag i NOU 2004:16.¹⁰

”Vergemålslovgivningens formål er å oppstille regler til vern for personer som på ulike måter ikke er i stand til alene å sørge for sine interesser på det økonomiske og/eller det personlige området”.¹¹ Historisk er dette blitt gjort gjennom opprettelsen av et offentlig vergemål. Dette er fremdeles en mulighet etter den nye vergemålslovgivningen. Det nye med vergemålsloven av 2010 er at den gir mulighet til å unngå oppnevning av en offentlig valgt representant. Den enkelte kan nå selv skrive en fremtidsfullmakt med retningslinjer om hvem man ønsker skal representere seg hvis man senere mister sin rettslige handleevne. Fremtidsfullmaktene skal tre i stedet for offentlig vergemål, og dermed avhjelpe fullmaktsgiverens manglende rettslige handleevne.¹²

I NOU 2004:16 brukte utvalget begrepet ”fremtidsfullmakt”. Etter dette forslaget skulle fullmaktene bare virke i fremtiden og etter at en bestemt begivenhet hadde inntruffet. I Ot.prp.nr. 110 (2008-2009) gikk departementet bort fra dette og gikk inn for at fullmakten skulle kunne tre i kraft straks den ble opprettet, og deretter fortsette å gjelde etter at fullmaktsgiveren hadde mistet sin rettslige handleevne. Departementet brukte ”vedvarende fullmakter” som begrep i proposisjonen, men i den endelige lovteksten har man beholdt begrepet ”fremtidsfullmakt”. ”Fremtidsfullmakt” gir ikke tydelig uttrykk for det spesielle ved denne typen fullmakter. Alle fullmakter virker i fremtiden. Lovens ordlyd er uklar, men fungerer nå som en fellesbetegnelse på forslaget til utvalget, de rene fremtidsfullmaktene, og forslaget til departementet, de vedvarende fullmaktene.¹³

⁹ Prinsipp 2 (7): ”Consideration should be given to the need to provide for, and regulate, legal arrangements which a person who is still capable can take to provide for any subsequent incapacity.”

¹⁰ En Europarådsrekommendasjon er en anbefaling som stiller krav til hvert lands interne lovgivning og praksis. Anbefalingene er ikke bindende for norsk lovgiver, men inkorporeres i stor grad.

¹¹ NOU 2004:16 s.33

¹² NOU 2004:16 s.293

¹³ Ot.prp.nr.110 s.211 og tilsvarende Hambro (2013) s.162

En fremtidsfullmakt kan omfatte både økonomiske og personlige forhold, jf. vgml. § 80 første ledd.

Tidligere har bruk av fullmakter på det personlige området ikke vært regulert i norsk rett. Regler for denne typen fullmakter har vært utledet fra avtalelovens regler om fullmakter, eller andre rettskilder.

Avtl. § 22 gir regler om hva som skal skje med en fullmakt på det formuerettslige området, hvis fullmaktsgiveren blir umyndiggjort. Hovedregelen er at en fullmakt opphører der fullmaktsgiver mister sin rettslige handleevne, men det gjøres i dag unntak for fremtidsfullmakter. Før endringen i vergemålsloven var det usikkert hva som ville skje med fullmakten der fullmaktsgiver mistet sin rettslige handleevne, men hvor fullmaktsgiver hadde lagt til grunn at fullmakten skulle fortsette å gjelde også etter at han mistet den rettslige handleevne. I dag avhenger dette av om formkravene for opprettelse av fremtidsfullmakter i vgml. § 81 er oppfylt, og at reglene om fremtidsfullmakter får anvendelse på området fullmakten er gitt på.

Formkravene for fremtidsfullmakter ligner mer på kravene vi stiller til testamenter etter arveloven enn andre fullmakter. Fordi en fremtidsfullmakt er ment å gjelde også etter at fullmaktsgiveren har mistet sin rettslige handleevne, har man i NOU 2004:16 sammenlignet denne typen fullmakt med et testament. Etter vgml. § 81 må fremtidsfullmakten være skriftlig og signeres av vitner. Dette strider mot de normale avtalereglene om formfrihet.

1.4 Den videre fremstillingen

Utgangspunktet for bruk av fullmakter og pasientbehandling vil bli omtalt i kapittel 2. I kapittel 3 ser jeg på hvilke representasjonsmuligheter som er hjemlet i helseretten i dag. I kapittel 4 tar jeg for meg hvilke krav som stilles til henholdsvis pasienten som fullmaktsgiver og til fullmektig. I kapittel 5 drøfter jeg om det må stilles formelle krav til fullmakter i helseforhold. Deretter ser jeg i kapittel 6 på om det er materielle begrensninger i hva som kan avtales gjennom fullmakt. I kapittel 7 vil jeg komme med noen avsluttende betraktninger.

2 Den personlige autonomi og handlefrihet

2.1 Utgangspunktet – handlefrihet i helseforhold

Vi er autonome individer med full rett til selv å bestemme over eget liv og helse. Siden vi har selvbestemmelsesrett, har vi også rett å organisere vår beslutningsmyndighet som det passer oss. Dette gjelder også når vi er pasienter som kommer til undersøkelse eller behandling i helsevesenet.

Det er unntak fra selvbestemmelsesretten og inngrep i borgernes rettssfære som må begrunnes i henhold til legalitetsprinsippet. Så lenge delegasjonskompetansen ikke er begrenset ved lov, er det ingenting i veien for at vi gir andre fullmakt til å handle på våre vegne. En rett til å bruke fullmektig i helseforhold følger av alminnelige rettsprinsipper.¹⁴

En fullmektigs evne til å stifte rett og plikt for fullmaktsgiver beror på og er avhengig av en disposisjon fra fullmaktsgiver selv. I Lassens gjennomgang av kontraktsrettslig representasjon fremmer han at dette må være svaret når man søker en begrunnelse for at rettsordenen kan akseptere at fullmektigen kan opptre for fullmaktsgiver og binde ham rettslig.¹⁵ Fullmektigen er gitt sin rett direkte av fullmaktsgiver, og dette må være begrunnelse nok for hans rett.

I WHO's deklarasjon om pasientrettigheter art. 3.7 vises det til at statene bør ha måter å ta hensyn til pasientens ønske selv i de situasjonene der pasienten ikke selv kan gi et informert samtykke, og det ikke finnes noen representant utpekt av pasienten til dette formål.¹⁶

I pasientlovgivningen kommer retten til selvbestemmelse tydelig til uttrykk i reglene om samtykke. Etter pasrl. § 4-1 kan helsehjelp bare gis ”med pasientens samtykke”. Dersom legen ikke har samtykke fra pasienten, kan han bare gi helsehjelp hvis det foreligger ”lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag”. Alle over 16 år kan samtykke til helsehjelp jf. pasrl. § 4-3 første ledd, bokstav b.

Helsepersonell har plikt til å hjelpe pasienten, Halvorsen kaller dette for et behandleransvar.¹⁷ Men helsepersonell er også gjennom lov pålagt å ta hensyn til hva pasienten selv ønsker,

¹⁴ Slik også Halvorsen (1998) s.121

¹⁵ Lassen 1992 s.15

¹⁶ A declaration of the promotion of patient's rights in Europe, European Consultation on the rights of patients 3.7: In all other situations where the patient is unable to give informed consent and where there is no legal representative or representative designated by the patient for this purpose, appropriate measures should be taken to provide for a substitute decision making process, taking into account what is known, and to the greatest extent possible, what may be presumed about the wishes of the patient.

¹⁷ Halvorsen (1998) s.149flg.

gjennom krav til samtykke. ”Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige”.¹⁸

Det er imidlertid usikkert hvordan representasjon skal skje i helseforhold. Bruk av fullmektig er ikke regulert i helselovgivningen. Det har heller ikke vært ført noen saker for rettssystemet i Norge som har gitt oss ulovfestede regler for bruk av fullmektig i helseforhold.

2.2 Begrensninger i handlefriheten

Man kan spørre seg om pasienten har kompetanse og rett til fullt ut å bestemme over egen frihet, helse og liv eller om det ligger begrensninger i denne retten som videre påvirker muligheten til å delegere samtykkekompetansen.

En ubegrenset rett til å disponere over eget liv vil for eksempel kunne innebære at pasienten fritt kan melde seg til farlige eksperimenter, eller ofre sitt liv ved å donere vitale organer til andre. Det vil også innebære at pasienten rettmessig kan disponere over eget liv gjennom aktiv og passiv dødshjelp.

Vår selvbestemmelsesrett er ikke ubegrenset. En pasient kan for eksempel ikke binde seg til avtaler som strider mot ”loven eller ærbarhet” jf. NL 5-1-2. Denne regelen innebærer en begrensning i vår rett til å disponere over eget liv og helse.

En avtale om representasjon i helseforhold vil ikke automatisk stride mot lov eller ærbarhet, og kan dermed ikke i sin helhet avfeies på dette grunnlag. At lov eller ærbarhet kan medføre at det må ligge begrensninger i hva som rettmessig kan være innholdet i avtalen, vil bli behandlet under punkt 6.2.

¹⁸ Rt.2010 s.612, avsnitt 30

3 Representasjonsmuligheter i helseretten

3.1 Representasjonsmuligheter etter Pasientrettighetsloven

Delegert samtykkekompetanse er ikke generelt hjemlet i pasientlovgivningen i dag. Selv om bruken av helsefullmakter ikke er regulert i pasientlovgivningen, kan den relevante lovgivningen og dens forhistorie si oss noe om hvordan representasjon kan skje og eventuelt hvilke begrensninger som ligger på delegasjonsmuligheten.

I høringsnotatet til pasientrettighetsloven var det i § 4-6 andre ledd et forslag om at ”pasientens pårørende eller representant skal høres før avgjørelse om helsehjelp treffes overfor pasient uten samtykkekompetanse”.¹⁹ Departementet foreslo at et samtykke fra representant skulle kunne legges til grunn som pasientens eget. Departementet uttrykte videre at ”en legal pårørenderepresentant kan erstattes av pasientens selvvalgte privatrettslige representant.” I den påfølgende høringsrunden var flere skeptiske til reglene om representantsamtykke fordi de var uoversiktlige og kompliserte. Man mente at bestemmelsene tok sikte på å regulere unntakstilfellene i stedet for å gi en presisering av det normale.²⁰

I det endelige lovforslaget fra departementet var representantsamtykke fjernet som forslag i § 4-6. Det var bare en rett for pårørende til å samtykke på vegne av pasienten som gjensto. Noe av årsaken til dette kan ha vært en endring i hvem som kunne være pårørende. Det ble i samme prosess åpnet opp for at pasientens pårørende var de han førte opp som pårørende.²¹

I redegjørelsen av gjeldende rett i Ot.prp.nr.12 (1998-1999) har departementet skrevet at: ”samtykke kan også avgis fra noen som lovlig kan handle på pasientens vegne (representasjon)”.²² Departementet har ikke senere kommentert at de ønsket å endre på det de anså som gjeldende rettstilstand.

Den vedtatte pasrl. § 4-6 hjemlet tilsynelatende en rett til å samtykke for pårørende for pasienter som er myndige og uten samtykkekompetanse. Bestemmelsen ble endret etter forslag i Ot.prp.nr 64 (2005-2006). Begrunnelsen for å fjerne den, etter ordlyden, direkte representasjonsmuligheten til pårørende, var at det aldri fra Stortingets side var meningen at bestemmelsen skulle innebære en slik representasjonsmyndighet for pårørende. Det var meningen at hel-

¹⁹ Høringsnotat: Lov om pasientrettigheter Del IV § 4-6

²⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.79

²¹ Slik regelen også er i dag jf. pasrl. § 1-3

²² Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.76

sepersonellet skulle ha det avgjørende ordet. Endringen var derfor ment å sikre at lovbestemmelsen var i overensstemmelse med gjeldende rett.²³

På bakgrunn av gjennomgangen av lovprosessen med § 4-6 kan jeg vanskelig se at departementet ikke faktisk mente å gi en direkte representasjonsmulighet i sitt opprinnelige forslag, som ble vedtatt. Likevel er regelen på bakgrunn av lovendringen i 2008 klar, § 4-6 hjemler i dag ikke en samtykkekompetanse for pårørende eller annen representant.

Syse kommenterer i forbindelse med endringen at det ikke lenger er en ”samtykke tenkning som ligger til grunn for reguleringen. Reguleringsmåten er i tråd med det kompetansegrunnlaget som Halvorsen (1998) har kalt ”behandlansvaret”.²⁴ Det er helsepersonellet som skal ha det avgjørende ordet der pasienten ikke selv kan samtykke.

3.2 Representasjonsmuligheter etter Vergemålsloven

Vergemålsloven hjemler bruk av fullmakter i helseforhold gjennom sine regler om fremtidsfullmakter. Om bruken av fremtidsfullmakter i helseforhold uttaler departementet:

”Fullmakten kan også omfatte myndighet på helse- og sosialområdet, men denne myndigheten kan ikke gå lenger enn den rollen som ellers er tillagt nære pårørende etter annen lovgivning.”²⁵

Der det er skrevet en fremtidsfullmakt, vil fullmektigen ha de samme rettigheter som pårørende jf. pasrl § 1-3 første ledd, bokstav b der pasienten ikke har oppgitt andre som pårørende. Se mer om vergens eller fullmektigens disposisjonsrettigheter under punkt 4.2.

I forarbeidene til vergemålsloven ble det forutsatt at de samme begrensningene skulle gjelde med hensyn til hvilken myndighet som kan overføres til fullmektigen, som det som gjelder for vergen.²⁶ Hvilke kompetanser som ikke kan omfattes av et vergemål og en fullmakt i dennes sted, reguleres i vergemålsloven § 21 fjerde ledd. En kompetanse som ikke kan overføres til en fullmektig er kompetansen til å samtykke til organdonasjon.

3.3 Representasjonsmuligheter etter Forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder all den virksomhet som skjer i et forvaltningsorgan jf. forvaltningsloven (heretter: fvl.) § 1 første setning. Ethvert organ innen stat og kommune er et forvalt-

²³ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.15

²⁴ Syse (2015) s.418

²⁵ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.213

²⁶ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.143

ningsorgan. Offentlige sykehus og legekontorer er begge organer for stat eller kommune. Forvaltningsloven får direkte anvendelse for disse jf. helseforetaksloven § 5.

Forvaltningslovens regler for saksbehandling gjelder alle sidene av virksomheten i helseforhold. Etter fvl. § 12 har man rett til å la seg ”bistå av fullmektig på alle trinn av saksbehandlingen”.

Loven får ikke direkte anvendelse på samme måte for de private helseforetakene. Likevel taler gode grunner for at man også her skal ha rett til å la seg bistå. Særlig fordi retten til å la seg representere springer ut av alminnelige rettsprinsipper.

Kjønstad sier at helselovgivningen inneholder bestemmelser som svarer til forvaltningslovens regler. I forbindelse med § 12 sier han at ”tilsvarende bestemmelser ikke er inntatt i helselovgivningen. Men rett til å bruke fullmektig følger jo av alminnelige rettsprinsipper.”²⁷

Forvaltningsloven § 12 vil da være førende for hvilke krav som stilles til et representasjonsforhold. Etter fvl. § 12 kan alle myndige personer brukes som fullmektiger. Det er et krav at fullmakten skal være skriftlig og at den skal kunne legges fram. At de har rett til å la seg ”bistå”, innebærer at alle henvendelser kan skje gjennom representant. Likeledes kan pasienten ha med seg fullmektig når han møter personlig for forvaltningsorganet.

²⁷ Kjønstad (2004) s.266

4 Krav til pasienten som fullmaktsgiver

4.1 Pasienter som er samtykkekompetente på behandlingstidspunktet

Selv om pasienten kan samtykke selv, kan det hende at han ønsker at noen andre tar beslutninger på hans vegne. Det kan være mange grunner til at en pasient ikke ønsker å bli involvert i spørsmål om helsehjelp; han kan være sliten eller finne beslutningene stressende og belastende.

Dersom en pasient skal fratas samtykkekompetansen er vurderingstema om han "ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter", jf. pasrl. § 4-3 annet ledd. Motsatt legger man til grunn at pasienter med samtykkekompetanse forstår hva det vil innebære å gi samtykke. Når pasienten fullt ut forstår sin egen situasjon, er det lite som taler for at han ikke skal få bruke sin selvbestemmelsesrett til å gi andre kompetansen å ta avgjørelser på hans vegne.

I denne typen situasjoner vil helsehjelpen undertiden bli støttet av et stilltiende samtykke fra pasienten, fordi han merker at helsehjelpen blir gitt. I punkt 6.1.6 ser jeg på mulige konsekvenser av at pasienten motsetter seg behandling som fullmektigen har samtykket til.

Representasjon for denne gruppen vil nok i størst grad være aktuelt i form av rett til å bli med inn ved konsultasjoner som en støtte for fullmaktsgiver. For eksempel at mannen får rett til å være med kona inn til legen for å holde henne i hånden når en føflekk skal skjæres vekk.

Fordi utgangspunktet er at pasienten skal samtykke selv må man kunne kreve at det fremkommer klart at pasienten ønsker at noen andre representerer han.

4.2 Pasienter som ikke er samtykkekompetente på behandlingstidspunktet – muligheter for å gi fullmakt med virkning i fremtiden

En pasient som ikke er samtykkekompetent, jf. pasrl. § 4-3 annet ledd, kan ikke omgå dette ved å gi en fullmakt til en representant. Spørsmålet er om pasienten kan ha skrevet en fullmakt mens hans ennå var samtykkekompetent som gir anvisning på hva det skal samtykkes til etter at han har mistet samtykkekompetansen.

Det er en forskjell mellom ikke å være samtykkekompetent og å være umyndiggjort. Der pasienten er umyndiggjort gjelder pasrl. § 4-7. Vergen har da samtykkekompetanse på vegne av pasienten der det ikke er mulig for pasienten selv å samtykke. At en fullmektig jf. en fremtidsfullmakt kan tre inn for vergen er ikke nevnt i lovens ordlyd. Likevel taler gode grunner for at dette må være mulig fordi loven ellers krever at det skal oppnevnes en verge særskilt for disse

spørsmålene, siden poenget ellers med en fremtidsfullmakt er at den skal tre i stedet for offentlig vergemål, se punkt 1.3.4.

Spørsmålet er om pasienter som ikke er i en situasjon som nevnt i pasrl. § 4-7, kan ha skrevet en fullmakt som skal gjelde når de selv mister rett til å samtykke.

Stilt på en annen måte er spørsmålet om en vedvarende fullmakt²⁸ vil kunne gjelde i de situasjonene hvor pasienten er uten samtykkekompetanse, men ikke er fratatt sin rettslige handleevne. Dette kan for eksempel oppstå der pasienten er dement i slik grad at helsepersonellet anser at han ”åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter” jf. pasrl. § 4-3 annet ledd. Men pasienten er ennå ikke i en slik tilstand at ”det er betydelig fare for at han eller hun vil handle på en måte som i vesentlig grad vil være egnet til å skade hans eller hennes interesser”, jf. vgml. § 22 tredje ledd jf. pasrl. § 4-7.

Dette vil for eksempel kunne forekomme der pasienten blir kortvarig bevisstløs på grunn av en operasjon. Et slikt kortvarig avbrudd i fullmaktsgivers handleevne kan ikke ha betydning for fullmektigens kompetanse.²⁹

I punkt 1.3.4 omtaler jeg konsekvensene av at en fullmektig inngår avtaler etter at fullmaktsgiver er kommet i en situasjon som i avtl. § 22. Terskelen for at en fullmakt skal opphøre etter avtalelovens regler, er at fullmaktsgiver er ”ute av stand til å inngå rettslig bindende disposisjoner”. Denne ordlyden avviker fra ordlyden i vgml. § 22 som jeg har sitert over, og som er avgjørende for at en fullmektig etter vgml. kap. 10 skal få beslutningskompetansen som nevnt i pasrl. § 4-7. At det i ordlyden til § 22 vises til vgml. kap. 10 om fremtidsfullmakter, taler likevel for at sistnevnte er ment å avhjelpe et opphør av fullmakt etter § 22, slik at den ene trer i kraft når den andre opphører.

Slik jeg ser det, er ikke avtalelovens regler om bortfall av fullmakt på grunn av fullmaktsgivers manglende rettslige handleevne et argument for at en helsefullmakt skal falle bort før en fremtidsfullmakt trer i kraft jf. vergemålslovens kap. 10. Tidspunktet for en fremtidsfullmakts ikrafttredelse og en fullmakts opphør bør være det samme. Hensynet til sammenheng i regelverket taler derfor for å tolke disse likt. Dette må også gjelde der det ikke er skrevet noen fremtidsfullmakt. Et opphør av en fullmakt på bakgrunn av avtalelovens regler bør derfor skje samtidig som en eventuell fremtidsfullmakt ville trådt i kraft.

²⁸ I denne sammenheng bruker jeg vedvarende fullmakt for å tydeliggjøre hvilken av de to situasjonene fremtidsfullmakter dekker jeg sikter til.

²⁹ Det samme sier Halvorsen (1998) s.122

Barn, ungdom mellom 16 og 18 år uten samtykkekompetanse og voksne uten rettslig handleevne har alle lovfestet en rett til en representant som skal tale deres sak i møte med helsevesenet.³⁰ Voksne uten samtykkekompetanse har ikke en lovfestet rett til en representant som skal tale deres sak i møte med helsevesenet. I spørsmål om helsehjelp til denne gruppen står helsepersonellet alene med beslutningsmyndigheten. Dette taler for at en fullmakt må kunne gjelde selv om pasienten mister sin samtykkekompetanse.

I samme retning taler Oviedokonvensjonen fra Europarådet som i artikkel 6 (3) sier at:

”Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of mental disability, a disease or for similar reason, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority of a person or body provided for by law.”³¹

En voksen som ikke er samtykkekompetent skal ha mulighet til å ha en representant, eventuelt må inngrepet godkjennes av en lovfestet myndighet. I § 4-6 tilfellene vil dette være helsepersonellet. Norge er innenfor det konvensjonen krever, men konvensjonen åpner også opp for bruken av representanter for denne gruppen.

Som Halvorsen uttrykker det - ”pasientens behov for at noen tar seg av hans interesser tilsier at fullmektigens handlinger må stå seg så lenge pasienten ikke er umyndiggjort, selv om pasienten er helt ute av stand til å begripe hva beslutningen går ut på.”³²

Et argument som taler mot at denne gruppen skal ha mulighet til å la seg representere, er prosessen rundt § 4-6, som jeg har gått gjennom i punkt 3.1, og uttalelsen i forarbeidene som nevnt i punkt 3.2.

Frantzen synes i sin artikkel om fremtidsfullmakter å være skeptisk til å gi fremtidsfullmakter anvendelse på spørsmål om medisinsk behandling og peker på at fullmektigen her bare kan være ment gitt rettigheter som pårørende.³³ Jeg kan ikke forstå det siste sett i sammenheng med at fremtidsfullmakten er ment å avhjelpe et vergemål. Dette må jo tale for at fullmektigen kan tre inn i de rettighetene vergen har.

Jeg mener at mye taler for at en fullmakt ikke opphører før en fremtidsfullmakt eventuelt trer i kraft. En pasient må ha mulighet til å gi representasjonsmulighet til noen som kan tale vedkommendes sak i møte med helsepersonellet der de ikke kan gjøre dette selv.

³⁰ Jf. pasrl. §§ 4-4, 4-5 og 4-7

³¹ Europarådets bioetikk-konvensjon 1996, ratifisert av Norge i 2006

³² Halvorsen (1998) s.122

³³ Frantzen (2008) s.166-168

Vanlige fullmakter må vanligvis tolkes slik at de faller bort når fullmaktsgiveren mister sin rettslige handleevne. Dersom det ikke er meningen at fullmakten skal falle bort, må det kreves at dette presiseres i fullmakten.

Etter vgml. § 79 første ledd stilles det krav om at den som oppretter en fremtidsfullmakt, må ”forstå fullmaktens betydning”. Dette kravet til oppretterens åndsevner må gjelde generelt for fullmakter.

Når fullmakten blir opprettet må fullmaktsgiveren selv inneha den kompetansen han ønsker å delegere. I fall pasienten ønsker å skrive en fremtidsfullmakt som skal gjelde fra opprettelse, må pasienten på opprettelsestidspunktet være samtykkekompetent.

4.3 Pasienter mellom 16 og 18 år

I helseforhold har en pasient som har fylt 16 år, rett til å samtykke jf. pasrl. § 4-3 første ledd, bokstav b. Ellers er den alminnelige myndighetsalder 18 år jf. vgml. § 2 tredje ledd. Når man er myndig, kan man inngå juridisk bindende avtaler og råde over egne midler. Et annet eksempel på en kompetanse en får ved fylte 18 år, er muligheten til å skrive testament jf. arve-loven § 48 første ledd. Den generelle myndighetsalder og aldersgrensen for selvbestemmelse i helseforhold er ikke den samme.

Spørsmålet her er om den mindreårige, men helserettslige samtykkekompetente pasient mellom 16 og 18 år, kan skrive en helsefullmakt så andre kan utøve hans samtykkekompetanse.

Dette er i stor grad et spørsmål om ulikheten i generell myndighetsalder og helserettslig myndighetsalder skal få konsekvenser for adgangen til å utferdige gyldige helsefullmakter.

Man kan ikke opprette en fremtidsfullmakt før man har fylt 18 år jf. vgml. § 79 første ledd. En pasient mellom 16 og 18 år som er samtykkekompetent, kan ikke skrive en fullmakt med virkning etter at de selv har mistet sin rettslige handleevne.

Det er foreldrene som skal samtykke for pasienter mellom 16 og 18 år som ikke kan samtykke selv jf. pasrl. § 4-5. Denne representasjonsretten har sitt utspring i foreldreansvaret. Men hvis pasienten motsetter seg helsehjelp som foreldrene har samtykket til, kreves det hjemmel i lov for å kunne gjennomføre helsehjelpen. Det vil i henhold til forarbeidene innebære en integri-

tetskrenkelse å gjennomføre helsehjelpen mot ungdommens vilje, selv om hjelpen er i overensstemmelse med det foreldrene har samtykket til.³⁴

Man kan spørre seg om en mindreårig ikke samtykkekompetent pasient mellom 16 og 18 år kan avtale seg vekk fra den lovfestede representasjonsordningen fastsatt i § 4-5. Forarbeidene er tydelige på at det er foreldrene som skal ha kompetansen til å avgjøre i spørsmål om helsehjelp for denne gruppen: "Samtykke til helsehjelp skal i disse tilfellene alltid tas av foreldrene eller andre med foreldreansvaret, uansett om pasienten er enig eller ikke."³⁵ Reelle hensyn taler ikke på samme måte for at en under 18 skal kunne gi fullmakt til en tredjeperson, siden de allerede har en representasjonsordning ved at foreldrene er satt til å tale deres sak i møte med helsepersonellet. Hvis foreldrene ikke ivaretar det som er ansett å være i barnets beste, kan foreldrene miste retten til å representere sine barn, og retten går videre til barnevernet jf. barnevernsloven § 4-12.³⁶

Et annet moment er at en fullmakt med virkning på et senere tidspunkt, når en ungdom har mistet samtykkekompetansen, i stor grad vil ligne en fremtidsfullmakt. Som nevnt over kan ikke denne gruppen skrive fremtidsfullmakter.

Loven er klar på at foreldrene har samtykkekompetanse der den mindreårige pasient ikke selv kan samtykke, og at man må være 18 år for å opprette en fremtidsfullmakt. Men loven sier ikke noe om situasjonen der en pasient under 18 år, som er samtykkekompetent, ikke ønsker å samtykke selv. Loven regulerer ikke om en samtykkekompetent pasient mellom 16 og 18 år kan delegere kompetansen til noen andre enn foreldrene hvis fullmakten er ment å gjelde umiddelbart, og derfor ikke vil være en fremtidsfullmakt.

Foreldrene skal gi barnet stadig større selvråderett med alderen fram til det fyller 18 år, jf. barneloven § 33. Det fastsettes her en glidende overgang fra foreldrenes bestemmelsesrett til barnet oppnår myndighetsalder og selv kan inngå juridisk bindende avtaler. Dette legges det vekt på i forarbeidene til pasientlovgivningen ved drøftelsen av hva som skal være alderskravet til samtykke i spørsmål om helsehjelp.³⁷

At vi ikke kan inngå bindende juridiske avtaler før vi er 18 år, er en begrensning på den personlige autonomi. Et samtykke til behandling er en juridisk bindende avtale det er dette rettsgrunnlag behandlingsansvarlig baserer helsehjelpen på. At en pasient mellom 16 og 18 år an-

³⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.85

³⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.85

³⁶ Slik også Syse (2004) s.274

³⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.83

ses å være samtykkekompetent, er et unntak fra det ellers gjeldende krav om at noen skal være 18 år for å kunne inngå juridisk bindende avtaler.

En behandlingsansvarlig vil nok ikke reagere dersom en pasient under 18 ber legen spørre foreldrene før de iverksetter behandling. Mer problematisk kan det være om den mindreårige skulle ønske å delegere kompetansen til noen andre enn foreldrene.

Når vi har rett til å samtykke selv ved fylte 16 år, taler dette for at vi også kan delegere denne kompetansen etter eget ønske.

Uavhengig av myndighetsalder er det trolig at behandlingsansvarlig i praksis vil følge pasientens ønske. Dette må også være praksis der pasienten vil at noen andre skal samtykke til helsehjelpen. Kanskje har pasienten en onkel med helsefaglig utdannelse og ønsker at han skal samtykke. Dette må være innenfor det loven gir adgang til, fordi det ikke er fastsatt noen begrensninger på retten til å delegere samtykkekompetansen i helsespørsmål hos en samtykkekompetent pasient mellom 16 og 18 år.

4.4 Krav til fullmektig i helseforhold

Det må stilles tilsvarende krav til en fullmektig i helseforhold som man stiller til fullmaktsgiveren. Departementet uttaler i forbindelse med manglende samtykkekompetanse hos mindreårige:

”En av de forutsetningene selvbestemmelsesretten hviler på er kravet om en viss grad av sjelelig modenhet, som dels er et krav om minstealder for utøvelse av selvbestemmelsesretten og dels et krav om personlige forutsetninger for å forstå innholdet i og konsekvensene av et samtykke.”³⁸

En fullmektig må inneha de samme mentale forutsetninger som kreves for at en pasient selv skal få samtykke.

Et spørsmål som gjenstår, er om en som har fylt 16 år kan være fullmektig, fordi vedkommende selv har samtykkekompetanse.

Et krav til fullmektig jf. fvl. § 12 annet ledd er at han er myndig. Dette taler for at det ikke er nok at vedkommende selv har samtykkekompetanse, han må være myndig.

³⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.83

Det er usikkert hva som er gjeldende rett. I praksis tror jeg at en lege vil være veldig kritisk til å godta at en 17 år gammel pasient gir en fullmakt til sin 17 år gamle klassekamerat. Likeledes vil man være skeptisk til at en over 18 gir en fullmakt til en under 18, for eksempel en mor til sin mindreårig datter. Skepsisen i et slikt tilfelle vil ikke bare vil ha sin årsak i familierelasjonen, men i datterens alder.

5 Formkrav til helsefullmakter

5.1 Stiftelse av fullmakt

5.1.1 Innledning

Hvilke formkrav som stilles til fullmakten er et spørsmål om hvordan fullmakten kan eller skal stiftes.

Ved disposisjoner gjort ved fullmakt er det som utgangspunkt to disposisjoner som må være gyldige for at rettslig grunnlag skal kunne sies å foreligge, og fullmakten ikke skal rammes av ugyldighet. Fullmakten må være gyldig og fullmektigen må handle innenfor det fullmakten gir ham rett til.

At fullmektigen handler innenfor det fullmakten gir ham rett til, er et spørsmål om hva fullmakten materielt sett dekker. Dette behandles under punkt 6.1. Om fullmakten er gyldig er både et spørsmål om innholdet i fullmakten er i overensstemmelse med bindende materielle regler, se punkt 6.2 og at den formelt tilfredsstiller de krav som måtte stilles. Det er dette jeg skal se på her.

I norsk rett gjelder det ikke et formkrav for avtaler.³⁹ Vi har formfrihet. Dette er også utgangspunktet for fullmakter, som er en avtale om representasjon.

Det er uklart hvilke krav som stilles til en fullmakt i helseforhold. Det står ingenting i pasientlovgivningen om dette.

5.1.2 Skriftlighet

For framtidsfullmakter er det jf. vgml. § 82 et krav om at fullmakten skrives ned. Et testament skal også gjøres skriftlig jf. arveloven § 49. Det er ingen tilfeldighet at skriftlighet er et krav for fremtidsfullmakter og testamenter. Både fremtidsfullmakter og testamenter er disposisjoner som først skal oppfylles etter at utstederen er avskåret fra å sikre at oppfyllelsen stemmer overens med hans ønsker og intensjoner. I forarbeidene er dette brukt som argument for at de samme formelle krav skal gjelde for fremtidsfullmakter som for testamentsopprettelse.⁴⁰

³⁹ Som et eksempel se NL 5-1-1, en muntlig avtale er like bindende som en skriftlig avtale

⁴⁰ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.147 og NOU 2004:16 s.294

Skriftlighet er et vanlig krav å stille for å sikre notoritet over en disposisjon. Når noe er nedskrevet er det enklere å gå tilbake og sjekke hva som ble avtalt enn hvis avtalen kun er muntlig. Skriftlighet kan også medføre at den som skriver må tenke nøyer gjennom avtalen enn hvis avtalen er muntlig. Man sier derfor at en skriftlig fullmakt krever en høyere grad av disposisjonsbevissthet. Det er de samme hensynene som er trukket fram av departementet i forbindelse med vurderingen av formkrav til fremtidsfullmakter: ”Et skriftlighetskrav kan påvirke fullmaktsgivere til å tenke nærmere over fremtidsfullmaktens betydning og hvilket innhold den bør ha, samtidig som det sikrer disposisjonens notoritet.”⁴¹

I dag vil de formelle kravene til samtykke i helseforhold variere etter helsehjelpens alvor, risiko og situasjonen for øvrig. ”Ved mindre inngripende tiltak vil samtykket kunne skje stilltiende, f.eks ved at pasienten oppsøker allmennlege, mens det ved større inngrep kreves mer uttrykkelig samtykke. Det kreves imidlertid ikke at samtykket gis i bestemte former, f.eks ved skriftlighet”.⁴² I dag er de to formene for samtykke - uttrykkelig og stilltiende - likestilt gjennom pasrl. § 4-2 første ledd.

Selv om man som utgangspunkt godtar både stilltiende og antatt samtykke, finnes det eksempler på at det er formelle krav til hvordan samtykke skal gis. Dette kan vi se eksempler på gjennom særlovgivningen, f.eks transplantasjonsloven § 1 første ledd, om uthenting av organer og bioteknologiloven f.eks §§ 2-5 annet ledd om assistert befruktning, 4-3 om fosterdiagnostikk og 5-4 om genetisk undersøkelse. I forarbeidene til pasientlovgivningen ga departementet uttrykk for at ”samtykke til helsehjelp som kan være forbundet med alvorlige komplikasjoner kan kreve større gjennomtenking og vurdering fra pasientens side enn mindre byrdefull og omfattende helsehjelp”.⁴³ På de områdene hvor det kreves at samtykke må være skriftlig før helsehjelpen kan iverksettes, må fullmakten være skriftlig for å kunne erstatte samtykket.

En fullmakt i helseforhold gir rett til representasjon i avgjørelser som ikke bare berører fullmaktsgiveren selv. Fullmektigen berøres; det kan være vanskelig for han å ta avgjørelser som er ønsket av han. Legen må kunne vise at han hadde et gyldig rettsgrunnlag for den helsehjelpen som blir gitt. For å ivareta alle de involverte ved bruk av fullmakter i helseforhold, kan en skriftlig fullmakt fungere som bevis på hva som er avtalt. Dersom fullmaktsgiver ikke lenger kan samtykke, og en fullmektig kommer til legen og sier at han har fått en fullmakt til å samtykke på fullmaktsgivers vegne, kan det være vanskelig for legen å sjekke om noe faktisk er avtalt mellom partene, og i tilfelle hva. En skriftlig fullmakt vil for ettertiden kunne virke som bevis på avtalen, og være legens rettsgrunnlag til å gi helsehjelp.

⁴¹ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s. 147

⁴² Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.77

⁴³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.81

Jeg mener at det er særlig hensynet til helsepersonellet som taler for at det må stilles krav om skriftlige fullmakter i helseforhold. Det er helsepersonell som kan bli stående ansvarlig dersom de ikke kan vise til at de hadde gyldig rettsgrunnlag for helsehjelpen jf. pasrl § 4-1 første ledd.

Vi kan også trekke linjer til strafferetten. Utgangspunktet i norsk rett er at krenkelse av en annens integritet er en legemsfornærmelse eller legemsbeskadigelse, som er straffebelagt jf. straffeloven § 228 eller § 229. Dette er likevel ikke straffbart der den som er utsatt for handlingen har samtykket jf. strl. § 235 første ledd. Det er grenser for hvilke legemskrenkelser man kan samtykke til. Det mest interessante her er likevel at dersom det blir et spørsmål i etterkant om man hadde rettsgrunnlag for helsehjelpen, kan i utgangspunktet legen tiltales etter disse reglene dersom han ikke kan vise at han hadde rettsgrunnlag for behandlingen. En måte for legen å vise fram rettsgrunnlag, og samtykke til behandling, må være gjennom en fullmakt.

Nødvendigheten av en skriftlig fullmakt er større i de tilfellene der pasienten på tidspunktet helsehjelpen skal gis ikke selv kan samtykke. Der pasienten fremdeles har samtykkekompetanse, kan helsepersonellet dobbeltsjekke med pasienten dersom de er usikre på om det i det hele tatt eksisterer en fullmakt og hva innholdet i fullmakten er. I disse tilfellene vil det være hensynet til pasienten selv som taler for at fullmakten skrives ned. Hvis pasienten vil ha ro og ikke ønsker at helsepersonellet skal dobbeltsjekke med han hvis de er usikre, vil det lønne seg å skrive ned fullmakten.

Hvis en pasient vet han vil være bevisstløs i forbindelse med en operasjon, kan det hende han ønsker å gi andre rett til å samtykke på hans vegne i den perioden han ikke kan gjøre det selv. Pasienten som fullmaktsgiver og fullmektigen kan da sammen, i legens nærvær, bli enige om at fullmektigen skal kunne samtykke på pasientens vegne mens denne er bevisstløs. Dette kan være aktuelt ved operasjon der det er usikkert hva man vil finne under operasjonen. Av hensyn til legen vil argumentet om notoritet for fullmakten tale for at den burde skrives ned også i disse tilfellene. At pasienten har brukt representant, må nok uansett skrives inn i journalen etter hlspl. §§ 39 og 40.

Det kan videre oppstå en situasjon der man bytter ansvarlig helsepersonell. Da vil den nye ansvarlige selvstendig måtte sikre at han har rettsgrunnlag for helsehjelpen. Dette kan bli vanskelig om den opprinnelige fullmakten er gitt gjennom erklæring til helsepersonellet, og ikke er skrevet ned.

Kravet om rettsgrunnlag taler for at der man ikke bruker pasientlovgivningens normalordning – dvs. samtykke direkte fra pasienten - burde den alternative måten å gi samtykke på skje skriftlig. Dette vil også gjøre situasjonen lettere hvis man ikke kan gå tilbake og forhøre seg med fullmaktsgiver om hva de har ment på det tidspunktet fullmakten trer i kraft. Det vil være enklere å sjekke om fullmektigen holder seg innenfor fullmaktens rammer hvis fullmakten er nedskrevet.

Dersom man har en felles ordning for alle de situasjoner hvor det er aktuelt med fullmakt, vil det være lettere å sikre at formkravene oppfylles. Jo flere særtilfeller som er regulert spesielt, desto vanskeligere blir det å orientere seg i regelverket. Dette hensynet burde tillegges vekt særlig med tanke på at de dette er aktuelt for, ikke kan forventes å ha særlig kunnskap om denne typen regelverk. I tillegg vil de ofte være i en helsemessig sårbar situasjon.

Det kan spørres om det ikke finnes alternativer til en skriftlig fullmakt for de som ikke fysisk kan skrive ned fullmakten. Det kan ikke være sann at man mister retten til representant fordi man ikke kan skrive en fullmakt. Det må da søkes etter alternativer som oppfyller de samme hensyn som skriftlighet skal ivareta. Et lydopptak vil for eksempel kunne være et godt alternativ til en skriftlig fullmakt.

I punkt 1.3.3 nevnte jeg hvilke typer fullmakt jeg så for meg at kunne være aktuelle som helsefullmakter. Siden en fullmakt må kunne dokumenteres vil både en oppdrags- og en fraspagnsfullmakt måtte skje skriftlig. Man kan ikke kreve at helsepersonell tar en risiko ved å inngå en avtale med en fullmektig i tillit til at fullmektigens ord på at han har en fullmakt stemmer. Legen må kunne basere sitt rettsgrunnlag på den som utgir seg for å være fullmektig.

5.1.3 Underskrift fra fullmaktsgiver og fullmektig

Når det må stilles krav om at fullmakten skrives ned, er det naturlig at fullmaktsgiver undertegner fullmakten for å vise at den er skrevet av ham. At fullmaktsgiver signerer fullmakten, er et formkrav for fremtidsfullmakter jf. vgml. § 81 første ledd. Etter den samme regel må fullmaktsgiver enten skrive under eller vedkjenne seg sin underskrift under påsyn av to vitner. Fordi signering er et krav for andre fullmakter som kan brukes i helseforhold, sikrer man samtidig et enhetlig regelverk ved å kreve det generelt for helsefullmakter.

Et spørsmål er om det burde stilles krav om at fullmektigen skriver under.

Vergemålsutvalget drøftet om det burde stilles krav om at fullmektigen skulle skrive under.⁴⁴ Ved å kreve at også fullmektigen skriver under sikrer man at fullmektigen er kjent med fullmakten og er villig til å ta på seg oppdraget.

Underskrift fra fullmektig er ikke et krav etter avtalelovens regler om fullmakter eller etter vergemålslovens regler om fremtidsfullmakter. Bakgrunnen for at det ikke ble stilt krav om at fullmektigen skulle skrive under som bevis på hans vilje til å påta seg oppdraget, var at man i departementet var enige med utvalget om at dette måtte fullmaktsgiveren selv bære risikoen for.⁴⁵

Et annet argument er at det er lovregulert hvordan helsepersonell skal gå fram der de ikke kan få samtykke fra pasienten. Alternative rettsgrunnlag er lovfestet. Helsepersonellet vil ikke bli stående i et tomrom i fall fullmektigen ikke ønsker å være pasientens representant.

Hensynet til likhet med andre fullmaktsforhold taler for at det ikke er eller burde være krav om at fullmektigen må skrive under på fullmakten for at den skal være gyldig.

5.1.4 Vitner

For fremtidsfullmakter er det jf. vgml. § 81 et krav at to vitner skriver under sammen med fullmaktsgiver. Tilsvarende i arveloven § 49.

Etter vgml. § 82 annet ledd bør vitnene opplyse om fullmaktsgiveren har opprettet fullmakten av fri vilje, og om han hadde evnen til å forstå betydningen av handlingen som opprettelsen av fullmakten innebar. Fra departementets side ble det i forarbeidene lagt vekt på at et krav til vitner vil sikre at det er fullmaktsgiveren som selv har underskrevet, og at det ville sikre at fullmaktsgiveren visste hva det ville innebære å skrive under. De skal også sikre at dato for underskriften er korrekt. Dette mente departementet ville redusere faren for antedateringer.⁴⁶ Hvis en helsefullmakt skal brukes som en fremtidsfullmakt, vil det av systembetragtninger være gunstig om det stilles krav om vitner tilsvarende det i vergemålsloven.

Etter vgml. § 81 andre ledd er det, av de som er direkte involvert, bare fullmektigen som ikke kan være vitne. I de situasjoner som nevnt under punkt 5.1.2 om kortvarig bevisstløshet under operasjon, er det praktisk om to helsepersonell kan fungere som vitner. Dersom pasienten kommer inn på sykehus sammen med den de ønsker å ha som fullmektig, kan man raskt ordne

⁴⁴ NOU 2004:16 s.294

⁴⁵ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.147 jf. NOU 2004:16 s.294

⁴⁶ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.146

med en fullmakt hvor helsepersonellet fungerer som vitner. At kretsen for hvem som kan være vitner ikke er strengere, er positivt og tilstrekkelig i denne typen forhold.

Der pasienten selv er samtykkekompetent, men ønsker at noen andre skal samtykke, vil ikke hensynene som taler for at vitner skal underskrive gjøre seg gjeldende i like stor grad. I disse tilfellene vil det ikke være et spørsmål om pasienten forstod fullmakten fordi pasienten fremdeles er samtykkekompetent. En pasient vil være i nærheten av de beslutningene som blir tatt og se at helsehjelpen iverksettes. Pasienten vil i mange tilfeller kunne se hvem som tar kontakt med helsepersonellet på vegne av han. I fall pasienten lurer på hva som skjer og ønsker å ha et ord med i laget, vil det i disse situasjonene være enkelt for pasienten å bryte inn. Å stille et krav om vitner i slike situasjoner virker unødvendig tungvint.

Dette kan stille seg annerledes der pasienten går inn og ut av for eksempel psykose, som ville innebære at han tidvis mister samtykkekompetansen. I disse tilfellene vil det være i fullmaktsgivers interesse at det brukes vitner, slik at det ikke skal bli noe tvil om fullmaktens gyldighet.

5.1.5 Registrering

Etter vergemålsloven er det ikke et krav at fremtidsfullmakter registreres. Det er heller ikke et krav om registrering av fullmakter etter avtaleloven. Testament må heller ikke registreres, men man kan levere dem til byfogden for ivaretagelse jf. arveloven § 68. Dette er en praktisk regel som skal sikre at testamentet ikke forsvinner.

I forbindelse med opprettelsen av fremtidsfullmakter som institutt i vgml. gikk man gjennom utenlandsk rett for å se hvordan man der har organisert bruken av fremtidsfullmakter. Et tema var om det skal stilles et krav om registrering av fremtidsfullmakter. I England er det en betingelse for at fremtidsfullmakten skal anses bindende at den er offentlig registrert.⁴⁷

Bakgrunnen for at man vurderte å stille et krav om registrering av fremtidsfullmakter var at en registrering ville medføre at det ville bli allment kjent at det fantes en fremtidsfullmakt. Et annet argument var at det vil være et behov for overformynderiet å få vite at det var opprettet en fremtidsfullmakt, slik at de ikke opprettet vergemål der det allerede forelå en fremtidsfullmakt.⁴⁸

⁴⁷ Danielsen 2004 s.397 Danielsen er en dansk professor. Han har skrevet en lengre artikkel om fremtidsfullmakter som ble lagt ved NOU 2004:16

⁴⁸ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.147

Departementet besluttet at man skulle kreve registrering av disse fullmaktene. Grunnen til beslutningen var at ”formålet bak reglene om framtidfullmakter er at opprettelsen bør være så enkel og letthåndterlig som mulig, slik at personer ikke avholder seg fra å benytte seg av ordningen.”⁴⁹ De kom også fram til at hensynet til at andre blir informert om fremtidfullmaktens eksistens bør være opp til fullmaktsgiveren selv. Utvalget og departementet gikk begge inn for at det ikke skulle stilles krav om registrering.

Jeg ser ikke noen god grunn til at man skal ha andre formelle krav i helseforhold enn ved opprettelsen av en fremtidfullmakt. Hensynet til et ensartet regelverk taler derfor for at det ikke skal være et krav om å registrere en fullmakt i helseforhold, verken der den brukes som en fremtidfullmakt og der den ikke gjør det.

5.1.6 Annen tilleggsdokumentasjon

I noen av landene hvor det er et krav om registrering er det også et krav om at noen av fullmaktsgiverens slektninger eller nærstående skal informeres om at fullmakten er skrevet, og hva som står i den. Grunnen til dette er å gi nærstående en mulighet til å komme med innsigelser for eksempel hvis de mener at fullmaktsgiveren er blitt utilbørlig påvirket ved opprettelsen av fullmakten.⁵⁰

Ved fremtidfullmakter etter vergemålsloven vil fullmektigen få råderett over fullmaktsgiverens økonomi. Fullmakter i helseforhold er derimot ment å gi fullmektig representasjonsrett i spørsmål om helsehjelp. En fullmakt i helseforhold vil ikke gi fullmektigen mulighet til å råde over fullmaktsgiverens økonomi. Faren for utilbørlig påvirkning vil derfor være mindre i disse tilfellene. Behovet for mulighet til å fremme innsigelser til fullmakten vil derfor også være mindre.

Under arbeidet med fremtidfullmakter reiste vergemålsutvalget og departementet spørsmål om det burde legges ved legeerklæring om fullmaktsgiverens helsetilstand, eller om det burde fremgå av selve fullmakten. De kom til at det ikke skulle stilles krav om dette, og nevnte i den sammenheng at dette ikke er et krav for at et testament skal være gyldig etter arveloven. Det ble likevel sagt at ”for å unngå unødvendig tvil om fullmaktens gyldighet i ettertid, vil fullmaktsgiver selv normalt være tjent med at det foreligger en legeerklæring fra opprettelsestidspunktet.”⁵¹ Jeg ser ikke noen grunn til at situasjonen skal være en annen ved opprettelse av fullmakter i helseforhold. Fullmaktsgiveren har mulighet til å legge ved en legeerklæring om egen åndsevne, men det kan ikke være et krav for at fullmakten skal anses gyldig.

⁴⁹ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.147

⁵⁰ Danielsen 2004 s.398

⁵¹ Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.146

5.2 Tidspunktet for fullmakten

Spørsmålet om når en fullmakt kan gis sikter her til når fullmakten må være gitt sett i forhold til tidspunktet for når den aktuelle medisinske situasjonen kan dukke opp.

Utgangspunktet må være at en helsefullmakt må ha trådt i kraft senest samtidig med den helsehjelpen som fullmakten er ment å dekke. En etterfølgende fullmakt kan ikke avhjelpe kravet til rettsgrunnlag som må foreligge på det tidspunkt helsehjelpen gis jf. pasrl. § 4-1 første punktum.

Neste spørsmål er når en helsefullmakt trer i kraft, og når den opphører.

Når fullmakten trer i kraft og når den opphører vil avhenge av hva slags fullmakt det er, og hva som står i fullmakten.

En fullmakt opprettet av en samtykkekompetent pasient vil tre i kraft ved opprettelsen eller på det tidspunkt pasienten har fastslått. Fullmakten kan være gitt på ubestemt tid, og vil gjelde så lenge den ikke er tilbakekalt av fullmaktsgiveren. Det vil likevel måtte kunne kreves at det klart fremkommer hva fullmaktsgiver har ment skal være ikrafttredelsestidspunktet, slik at helsepersonellet vet hva de har å forholde seg til.

Etter vgml. § 83 trer en fremtidsfullmakt i kraft når fullmaktsgiver ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser på de områdene som omfattes av fullmakten jf. vgml. § 78. I praksis vil helsetilstanden til fullmaktsgiveren ofte forverre seg gradvis, og det kan være vanskelig å slå fast det eksakte tidspunktet når handleevnen er tapt. Det er fullmektigens oppgave å vurdere om fullmaktsgiver er kommet i en slik situasjon at fullmakten skal tre i kraft.⁵² Som bevis på at fremtidsfullmakten er trådt i kraft, kan fullmektigen få en stadfestelse fra fylkesmannen jf. vgml. § 84.

For de fremtidsfullmaktene som klassifiseres som vedvarende fullmakter, se punkt 1.3.4, vil vgml. § 83 være av mindre betydning fordi disse fullmaktene trer i kraft ved opprettelse, eller fra et senere tidspunkt bestemt i fullmakten.

Videre er det et spørsmål om fullmakten kan opphøre fordi den er for gammel.

⁵² Ot.prp.nr.110 (2008-2009) s.150

En fullmakt eller et testament mister ikke sin gyldighet selv om det har gått lang tid siden opprettelsen. Det eneste vilkåret er at disposisjonen ble korrekt opprettet i første omgang.

En helsefullmakt dekker særlige personlige forhold. I forbindelse med diskusjonen rundt livstestament, se punkt 6.3, har legeforeningen fremmet problemet at pasienten kan ombestemme seg. Dette vil også kunne gjelde for fullmakter i helseforhold. Der en helsefullmakt er flere tiår gammel, og livssituasjonen til fullmaktsgiver har forandret seg dramatisk siden fullmakten ble skrevet, kan man stille spørsmål om fullmaktsgiveren fremdeles ønsker det som fremgår av fullmakten. Det må i sånne situasjoner være fullmektig og fullmaktsgivers ansvar å holde fullmakten oppdatert.

Holdbarheten av en helsefullmakt må i utgangspunktet være fra fullmaktsgiverens angir at den skal tre i kraft til han trekker den tilbake.

5.3 Virkningen av formmangler

Virkningen av at vgml. § 81 ikke er fulgt ved opprettelsen av en fremtidsfullmakt er at dokumentet er ugyldig som fullmakt jf. vgml. § 81 tredje ledd. At bør-reglene i vgml. § 82 ikke er fulgt, leder ikke automatisk til ugyldighet.

For fullmakter etter avtaleloven vil ikke formmangler i utgangspunktet være et problem siden det ikke stilles særlige krav til form.

For fullmakter i helseforhold er det usikkert hvilke virkninger eventuelle formmangler får. Hvilke formkrav som stilles og hva som vil være virkningen av at de eventuelt ikke foreligger, kan nok variere i praksis.

Fullmektigen må kunne legge fram bevis på fullmakten som legitimasjon på sin disposisjonsrett. For fullmakter i helseforhold vil trolig dette innebære at helsepersonellet ikke anser en fullmakt som ikke kan dokumenteres som tilstrekkelig rettsgrunnlag.

Det kan likevel tenkes unntak fra skriftlighet som et krav. Et eksempel på dette vil være hvis en samtykkekompetent pasient blir spurt hvilken av to likeverdige behandlinger han ønsker, og pasienten svarer med å be legen spørre kona, eller en hvilken som helst annen myndig person, fordi han mener vedkommende har mye bedre greie på sånt. Jeg tror at legene i en slik situasjon ofte vil godta det pasienten sier.

Der helsehjelpen som skal gis er av en mer alvorlig karakter, kan dette stille seg annerledes.

Det kan også stille seg annerledes hvis man har å gjøre med en fullmakt i helseforhold som gradvis går over til å bli en fremtidsfullmakt, en vedvarende fullmakt. For fremtidsfullmakter er det krav om skriftlighet. På et tidspunkt må formkravene tre i kraft som gyldighetsvilkår. Jeg ser det som naturlig at dette tidspunktet knyttes til ikrafttredelsestidspunktet som nevnt under punkt 5.2.

Det er avgjørende at helsepersonellet må ha rettsgrunnlag for å kunne gi helsehjelp. Dersom en fullmakt ikke klart kan være denne hjemmelen, må helsepersonellet falle tilbake på lovens andre rettsgrunnlag.

5.4 Opphør av fullmakten

Utgangspunktet er at fullmaktsgiver fritt kan kalle tilbake fullmakten. I henhold til reglene i avtl. §§ 12-18 vil fremgangsmåten for å trekke tilbake en fullmakt avhenge av hvordan fullmakten ble opprettet. Dersom fullmakten er gitt skriftlig jf. avtl. § 16, kalles den tilbake ved at fullmaktsgiver ber om å få den tilbake, eller ber om at den tilintetgjøres. Har fullmaktsgiveren særskilt erklært fullmakten til tredjepersonen, vil fullmakten opphøre å gjelde når fullmaktsgiver har gitt beskjed om dette til tredjeperson jf. avtl. § 13.

For fremtidsfullmakter vil fullmaktsgivers mulighet til å kalle tilbake fullmakten avhenge av om de kan forstå betydningen av å kalle fullmakten tilbake jf. vgml § 86. Om fullmaktsgiveren kan forstå hva det vil innebære å kalle fullmakten tilbake, står han fritt til å gjøre dette. Som nevnt skal fremtidsfullmakter skje skriftlig, og tilbakekallsmetoden i vgml. § 86 tredje ledd kan sammenlignes med avtl. 16 - fremtidsfullmakten skal kreves tilbakelevert eller ødelagt. Fullmaktsgiver kan også særskilt erklære overfor tredjeperson at fullmakten skal slutte å gjelde jf. vgml. § 86 tredje ledd. Dette er samme fremgangsmåte som i avtl. § 14.

De lovregulerte fullmaktsforholdene har som vist over, tilsvarende regler for tilbakekall. Det vil være naturlig at det samme systemet også følges for helsefullmakter.

Varigheten av denne typen fullmakt er et annet spørsmål. Dette kan også sees på som et spørsmål om det kan skje ting mellom det tidspunktet fullmakten er gitt og det tidspunktet den er ment å tre i kraft, som gjør at den ikke likevel bør få virkning etter sitt innhold.

Varigheten av fullmakten og eventuelle andre bortfallsgrunner må fremkomme av fullmakten. Svaret på spørsmålet om det har skjedd ting som har endret forutsetningene for fullmakten, vil da også måtte bero på en tolkning av fullmakten.

6 Det materielle innholdet i fullmakten

6.1 Materielle begrensninger etter lov

6.1.1 Handlingsrommet for selvbestemmelsesretten i helseforhold

Spørsmålet er hva det kan gis fullmakt til. Svaret må være at man kan gi fullmakt til det meste så lenge en har råderett over rettigheten eller gjenstanden, og det ikke ligger begrensninger på disposisjonsretten.

Det ovennevnte må modifiseres fordi vi ikke har en ubegrenset selvbestemmelsesrett, som nevnt i punkt 3.3. Selvbestemmelsesretten og vår personlige frihet kan begrenses gjennom lov. Etikk og moral legger begrensning på hva vi burde gjøre, men er ikke på samme måte som loven en begrensning for hva vi kan gjøre.

Handlingsrommet for en helsefullmakt vil i første omgang være begrenset av hvilke disposisjonsmuligheter pasienten har i helseforhold. Man kan ikke overføre større kompetanse enn man selv har, dermed vil heller ikke en helsefullmakt kunne rekke over mer enn den kompetansen pasienten selv har i helseforhold.

I helseforhold har pasienten rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelpen jf. pasrl. § 3-1 første ledd. Pasienten bestemmer hva slags helsehjelp som skal gis jf. pasrl. § 4-1. Pasienten har også rett til innsyn i journal, og kan kreve at ting rettes eller slettes i journalen jf. pasrl. kap. 5.

Pasienten har rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlingsmetoder.⁵³ Den tidligere tilsvarende regelen i legeloven § 25 ble tolket dithen at legen ikke kunne iverksette et inngrep som innebar uforsvarlig medisinsk behandling, selv om inngrepet i og for seg ikke stred mot reglene i straffeloven eller annen lovgivning.

Legens forpliktelse er å gi pasienten adekvat medisinsk behandling og hjelp, ikke å oppfylle ethvert ønske fra pasientens side.⁵⁴ Pasienten kan ikke gjennom sin fullmektig kreve behandling som ikke er faglig forsvarlig, fordi dette aldri har ligget til hans disposisjonsrett.⁵⁵

⁵³ Tilsvarende forståelse: Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet I-2000-60 DEL 1, merknad til § 3-1

⁵⁴ Aasen (1995) s.870

⁵⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.76

6.1.2 Avtaler som strider mot ærbarhet eller lov

Alle avtaler man inngår skal man oppfylle, med mindre avtalen strider mot lov eller ærbarhet jf. NL 5-1-2.

Den praktiske betydningen av NL 5-1-2 ble nok redusert ved vedtagelsen av avtl. § 36. I helsetilstand vil likevel NL 5-1-2 kunne ha selvstendig betydning, fordi avtl. § 36 i utgangspunktet ikke har direkte anvendelse på fullmakter som ikke omhandler formuerettslige forhold.

En avtale som strider mot lov, er en avtale som vil være lovstridig etter sitt innhold hvis den gjennomføres. Etter Rt. 1993 s. 312 på s. 315 må det bero på en tolkning av den enkelte bestemmelse sett i sammenheng med reelle hensyn om overtredelse skal lede til at avtalen er ugyldig.

I praksis har lov liten selvstendig betydning. Etter Rt. 1995 s. 46 på s. 51 er det en flytende grense mellom hva som strider mot lov og hva som strider mot ærbarhet. I denne dommen uttalte førstevoterende følgende: ”Hvorvidt avtalen strider mot lov eller ærbarhet må etter min mening i stor utstrekning vurderes under ett.”

Ærbarhet er en skjønnspreget mulighet til å sette avtaler til side, fordi de vil være urimelige å gjøre gjeldende. Avtalen trenger ikke nødvendigvis å stride mot skrevne normer. Ærbarhet forstås som en standard, som viser til at dommeren skal bygge sin vurdering av en avtales gyldighet på det han mener er den alminnelige oppfatning av god skikk, bruk og moral til enhver tid jf. RG 1981 s. 276 (Agder) på s. 283. Hva som vil stride mot ærbarhet å gjøre gjeldende vil på grunn av dette forandre seg med tiden og samfunnsutviklingen.

UKRENKELIGE RETTSGODER

Spørsmålet er om en fullmakt hvor det disponeres over ukrenkelige rettsgoder, vil være ugyldig.

I forarbeidene til pasientlovgivningen har departementet sagt at det er en absolutt grense for samtykkets gyldighet at det ikke lider av innholdsmangler. Fullmakten vil lide av en innholdsmangel hvis det disponeres over ukrenkelige rettsgoder.⁵⁶ Forarbeidene sier ikke noe mer om hva som vil være et ukrenkelig retts gode, men menneskelivet er et ukrenkelig retts gode jf. FNs menneskerettighetserklæring art. 3 og FN konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter art. 6.1.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s.82

Høyesterett kom inn på terskelen for at noe skal stride mot lov og ærbarhet i Rt. 2004 s. 1582 avsnitt 40 hvor de uttaler at ”en avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse, representerer et kvalifisert brudd på allment aksepterte morallnormer”. En avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse vil også kunne stride mot ærbarhet.

Medvirkning til selvmord er straffebelagt jf. straffeloven § 233 jf. § 235, se også Rt. 2000 s. 646 Sandsdalen. Sandsdalen var en tidligere ustraffet lege som fikk domsutsettelse etter å ha hjulpet en svært syk pasient til å avslutte sitt liv. Hjelpen ble gitt på oppfordring og med samtykke fra den svært syke pasienten. Det mest interessante her er at selv om pasienten samtykket og ønsket den helsehjelpen legen ga hadde ikke legen lov til å gi helsehjelpen fordi det var i strid med straffebudet.

Pasienten selv kan ikke lovlig samtykke til eller kreve aktiv dødshjelp eller andre ulovlige tiltak. Følgelig kan heller ikke en fullmektig kreve dette på pasientens vegne.

En fullmakt som forplikter fullmektig til å få helsepersonell til å gi fullmaktsgiver aktiv døds-
hjelp står seg ikke mot NL 5-1-2, og vil være ugyldig etter sitt innhold.

BEGRENSNINGER I HANDLEFRIHETEN

Videre blir det et spørsmål om en fullmakt kan innebære så store begrensninger i handlefriheten at det vil stride mot ærbarhet å gjøre den gjeldende.

I avtaleloven gis det regler for hvordan man kan trekke en fullmakt tilbake. Det sies ingenting om at fullmakter i noen tilfeller ikke skal kunne trekkes tilbake.

Det å gi en ugjenkallelig fullmakt til noen som skal selge leiligheten din er noe helt annet enn å gi en ugjenkallelig fullmakt til noen som skal ta alle avgjørelser om hvilken helsehjelp du skal motta eller ikke motta. Når leiligheten er solgt vil den fullmakten falle bort, fordi den gjaldt den konkrete leiligheten.

På grunn av helsehjelpens potensiale til å være uopprettelig, og dens naturlige inngripende karakter i vår integritet, vil en absolutt skranke for pasientens muligheter til å gjøre om på delegasjonen gjennom å trekke den tilbake eller overstyre fullmektig legge store begrensninger på pasientens handlefrihet. Slike begrensninger vil kunne medføre at det vil stride mot ærbarhet å gjøre denne delen av avtalen gjeldende.

Virkningen av at en avtale strider mot ærbarhet er at den anses ugyldig og ikke får rettsvirkning mellom partene. Den kan også finnes å være delvis ugyldig ved at man setter til side de delene av avtalen som anses å stride mot ærbarhet. For eksempel kunne man sagt at en klausul

om at fullmaktsgiver ikke kan kalle tilbake fullmakten ikke vil er gyldig, men resten av instruksene til fullmektigens oppdrag blir stående.

AVKALL PÅ HELSE OG INTEGRITET

Et annet spørsmål er om det vil stride mot ærbarhet å gjøre gjeldende en generalfullmakt i helseforhold, fordi det vil være det samme som å gi avkall på sin helse og legemets integritet?

Giertsen sier om dette i sin bok: ”den personlige integritet - retten til å bestemme over egen kropp – er et retts gode som ikke kan overføres v. avtale.”⁵⁷ Hov/Høgberg er ikke like kontante i sin redegjørelse av hva som ligger i ærbarhet, men de stadfester at en avtale om å gi avkall på personlig frihet, helse og legemlig integritet lett vil bli ansett for å være mot ærbarhet. Men de presiserer også at dette ikke alltid kan gjelde.⁵⁸

Ved å gi en generalfullmakt i helseforhold gir du rent faktisk fra deg beslutningsmyndigheten over egen helse.

Det blir likevel upresist å si at man gir fullstendig avkall på sin rett til selv å disponere over sin helse, fordi en fullmakt i helseforhold må kunne kalles tilbake jf. over. Men da må fullmaktsgiver ha rettslig handleevne til å kalle fullmakten tilbake. Eventuelt kan pasienten overstyre fullmektigen om han har kompetanse til det jf. punkt 6.2.6.

Det kan likevel være nærliggende å tolke det dithen at en fullmakt i helseforhold ikke kan være helt generell, men at fullmaktsgiveren må presisere hva slags beslutninger han ønsker at fullmektigen skal ta på hans vegne.

RETT TIL Å NEKTE LIVSNØDVENDIG BEHANDLING

I sammenheng med spørsmålet om en generalfullmakt vil innebære et avkall på helse og integritet, er det et spørsmål om man i fullmakt kan gi fullmektig rett til å nekte livsnødvendig behandling, eller om denne typen avtaler generelt vil stride mot ærbarhet å gjøre gjeldende.

I forarbeidene til pasientlovgivningen drøftet departementet utførlig i hvilken grad pasienter skulle ha rett til å suspendere helsepersonells hjelpeplikt etter nødrettsbestemmelsen.⁵⁹ Hovedbegrunnelsen bak en regel som gir rett til å nekte livsforlengende behandling når pasienten er døende, er respekten for pasientens rett til en naturlig og verdig død. Mothensynet er at

⁵⁷ Giertsen (2014) s.194

⁵⁸ Hov/Høgberg (2009) s.235

⁵⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.87-89

helsepersonellets hjelpeplikt bør være ubetinget. Mot dette igjen har det vært fremmet at individets integritet bør gis gjennomslagskraft fremfor legens plikt til å redde liv.

I pasrl. § 4-9 er det lovregulert noen særtilfeller for hva slags behandling som kan nektes. En døende pasient kan motsette seg livsforlengende behandling. Dersom en døende pasient er ute av stand til selv å formidle et behandlingsønske, skal helsepersonellet forhøre seg med pasientens nærmeste pårørende. Helsepersonellet skal følge pårørendes anvisninger hvis de etter en selvstendig vurdering er enig i at disse er sammenfallende med pasientens ønske, og at ønsket åpenbart bør respekteres. Pasienten står fritt jf. § 1-3 bokstav b til å oppgi hvem han vil som sin nærmeste pårørende, dette kan være en fullmektig.

Etter drøftelsene over kan ikke fullmektigen ha en videre rett til å avslutte behandling enn den som i dag tilligger pasienten selv. Men i de tilfeller der pasienten selv er gitt en rett til å avslutte livsnødvendig behandling, kan jeg ikke se at en avtale om at en representant skal fremme dette ønske i stedet for pasienten innebære at avtalen strider mot ærbarhet. Det må tas en konkret vurdering av om fullmakten er innenfor det handlingsrommet som ligger til pasienten jf. vurderingen i 6.1.1.

Rettstilstanden er uklar og det er ikke entydig hva en fullmektig kan gjøre i helseforhold. At bruk av fullmakter i helseforhold reiser særlige problemstillinger blir tydelig om vi ser hen til reguleringen av bruken i andre land. I Skottland ble det i 2000 innført regler om ”welfare powers of attorney”, som skulle dekke fullmaktsforhold på det personlige området. I Skottland har lovgiver listet opp en rekke medisinske behandlinger som ikke kan samtykkes til ved fullmakt. I forbindelse med de nye reglene på samme område som gjelder for England og Wales ved deres ”lasting powers of attorney” ble det på forhånd vurdert om man skulle illegge begrensninger for hvilke beslutninger som kunne treffes i helseforhold. Løsningen i den engelske og walisiske lovgivningen er å tillate fullmektig å ta stilling til om helsehjelp skal tillates eller avslås. Fullmektigene kan kun ta stilling til livsforlengende behandling der dette er uttrykkelig sagt i fullmakten. I Illinois Power of Attorney Act § 4-2 gis fullmektigen uten begrensninger rett til å bli orientert om og gi samtykke til eller avslå all mulig helsehjelp.⁶⁰

6.2 Fullmaktens rammer

6.2.1 Innledning

I punkt 6.1 har jeg søkt å klargjøre om det er noen materielle begrensninger på hva en helsefullmakt kan omfatte. I en situasjon hvor man skal tolke en fullmakt vil det være naturlig å

⁶⁰ Danielsen 2004 s.395

først se om det er noe av innholdet man må se vekk fra, for eksempel et punkt om at fullmektig skal sørge for at fullmaktsgiver får aktiv dødshjelp. Deretter må man tolke det gjenstående i fullmakten og oppstille det jeg her kaller fullmaktens rammer.

”Foretar fuldmægtigen en retshandel i fuldmagtsgiverens navn og indenfor fuldmagtens grænse, stifter retshandelen ret og pligt umiddelbart for fuldmagtsgiveren,” jf. avtl. § 10 første ledd. Fullmektig kan etter denne regelen ikke skape rett for fullmaktsgiver ut over fullmaktens grenser. Dette gjelder og for fullmakter som ikke faller inn under avtalelovens regler.

Hva som er fullmaktens grenser fremgår av fullmakten. Der fullmakten fremgår av et skriftlig dokument vil dette være førende, eventuelt den muntlige erklæringen. Dersom det er tvil om hvor grensene skal trekkes, må fullmakten tolkes i samsvar med alminnelige tolkningsprinsipper.⁶¹

I teorien har det blitt skilt mellom tolkning og utfylling av avtaler.⁶² Tolkning (i snever forstand) er å fastsette avtalens innhold med grunnlag i avtalen selv. Utgangspunktet vil da være partsspesifikke momenter som ordlyd og andre forhold som har tilknytning til avtalepartene og deres intensjoner. Utfylling innebærer i større grad en fastleggelse av avtalens innhold på bakgrunn av generelle regler og prinsipper, gjennom en supplerings med reelle hensyn, deklarasjonslov, lov, kutymmer mv.⁶³

I praksis vil avtalen og bakgrunnsretten fungere som en helhet. Det avgjørende er samspillet mellom de omstendigheter som relaterer seg til avtalepartene og de som knytter seg til bakgrunnsretten.⁶⁴ Bakgrunnsretten er for eksempel de materielle begrensningene på disposisjonsadgangen til fullmaktsgiver etter NL 5-1-2.

I det videre vil jeg se på hvilke tolkningsprinsipper som gjelder ved fastsettelse av grensene i en helsefullmakt. Jeg vil og ta for meg noen temaer som tydeliggjør utfordringer ved fastsettelse av grensene til en helsefullmakt.

6.2.2 Tolkningsprinsipper for fullmakter

I avtaleretten har det vært diskutert forskjellige utgangspunkteter for tolkning av fullmakter.

⁶¹ Woxholt 2009 s.251

⁶² Woxholt 2009 s.398, Hov/Høgberg (2009) s.22, Giertsen (2014) s.116

⁶³ Woxholt 2009 s.98

⁶⁴ Woxholt 2009 s.399

Den subjektive tolkningsteori søker å finne hva fullmaktsgiver har ment med avtalen. Poenget er at partenets utsagn ikke skal være bindende i større grad enn de involverte ønsket opprinnelig. I helseforhold vil dette innebære at man søker å klargjøre hva fullmaktsgiver har ønsket med representasjonen. Dersom man mener å vite hva fullmaktsgiver ønsket, skal det mye til for at man ikke legger stor vekt på dette ved tolkningen av fullmakten. At man ved spørsmål knyttet til representasjon i helseforhold søker å klarlegge hva som er pasientens ønske, stemmer godt med at fullmakten erstatter pasientens egen samtykkekompetanse.

Den subjektive tolkningsteori kommer typisk til anvendelse på ensidige disposisjoner. I motsetning til de disposisjonene vi vanligvis anser som ensidige, som testament og gaver, handler ikke bruk av fullmakter i helseforhold om å gi bort noe, men om å få eller ikke ta i mot helsehjelp. Det er en disposisjon som krever noe av andre og pasientens rett kan ikke tolkes utelukkende ut fra hans ønsker. Helsepersonellets rettsgrunnlag for helsehjelp vil eventuelt følge av fullmakten. Enhver behandling som gis uten pasientens samtykke, eller uten annet gyldig rettsgrunnlag, vil være i strid med forsvarlighetskravet i hlspl. § 4, jf. pasrl. § 4-1.

Dersom helsepersonell gir helsehjelp uten samtykke eller annet rettsgrunnlag, vil det kunne åpnes tilsynssak mot dem. De vil i verste fall kunne miste sin autorisasjon jf. hlspl. kap. 11 Reaksjoner m.v. ved brudd på lovens bestemmelser. Dersom det oppstår en situasjon hvor helsetilsynet skal vurdere om helsepersonellet i fullmakt hadde rettsgrunnlag for helsehjelp, må de tolke fullmakten, og se om de forstår den slik at den ga hjemmel for helsehjelpen som ble gitt. På bakgrunn av dette må fullmakten også tolkes opp mot den objektive tolkningsteori.

Den objektive tolkningsteori er hva man kan lese ut av fullmakten basert på en naturlig språklig forståelse.

At fullmakten må forstås på bakgrunn av hva man naturlig kan lese ut av den, vil kunne avhjelpe faren for misbruk av denne typen fullmakter.

Oppsummert kan man si at en helsefullmakt må tolkes på bakgrunn av hva som er pasientens ønsker, men pasientens ønsker må fremkomme av fullmakten lest isolert sett.

Dersom partene har en felles oppfattelse av avtalen, vil denne gå foran den objektive forståelsen.⁶⁵

⁶⁵ Rt.2002 s.1155 på s.1159

At partene har en felles forståelse kan være aktuelt hvis pasienten, fullmektigen og ansvarlig helsepersonell alle er tilstede når fullmakten stiftes eller ved ikrafttredelse. Pasienten er for eksempel for syk til å skrive fullmakten selv, så innholdet i avtalen om representasjon skjer muntlig ved ankomst. Legen tar ansvar for å skrive ned avtalen i etterkant. Når fullmakten senere skal tas i bruk gir fullmakten rom for flere tolkningsalternativer. Hvis fullmaktsgiver på dette tidspunktet fremdeles kan samtykke, kan man sjekke med fullmaktsgiver. Hvis fullmaktsgiver ikke kan spørres for klargjøring må fullmektigen og ansvarlig helsepersonells felles forståelse være avgjørende.

6.2.3 Informert samtykke som ramme for fullmakten

Spørsmålet er om fullmektigen kan motta informasjon og gi samtykke på vegne av pasienten, ut over det pasienten kunne forutse på fullmaktstidspunktet, eller om fullmakten ikke rekker lenger enn det pasienten kan forutsi på det tidspunktet fullmakten ble gitt, slik at ytterligere informasjon blir irrelevant.

”For at samtykke skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helse-tilstand og innholdet i helsehjelpen” jf. pasrl. § 4-1 første ledd, annet punktum.

Ordlyden tilsier at det er en forutsetning for å kunne gi samtykke at pasienten personlig er informert om nødvendigheten og konsekvenser av å samtykke. Det står tydelig at det er pasienten som må informeres. Dette taler for at informasjon gitt til en representant ikke vil være tilstrekkelig, og at fullmakten må tolkes på bakgrunn av den informasjonen pasienten satt med da fullmakten ble gitt. På den annen side kan man si at ordlyden kan tolkes slik at informasjonen må gis til pasienten eller den som trer i hans sted. Der pasienten har en representant, kan det dermed være tilstrekkelig om denne får informasjon og tar beslutninger på bakgrunn av mer generelle retningslinjer fra fullmaktsgiver.

I forarbeidene til pasientrettighetsloven utdyper departementet hva som ligger i kravet til informert samtykke. De utdyper bare hva det må informeres om og ikke hvem som skal, eller kan informeres.⁶⁶

FULLMAKTEN AVHENGER IKKE AV YTTERLIGERE INFORMASJON

Dersom en pasient ikke ønsker å bli liggende som ”grønnsak”, kan han gi fullmektigen fullmakt til å si at respirator skal slås av eller at annen livsforlengende behandling skal stanses. I disse tilfellene vil det ikke være nødvendig med ytterligere informasjon for pasienten. Pasienten vil ha den informasjonen han trenger før han gir fullmakten.

⁶⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.80

Fullmektigen må i disse situasjonene kunne motta informasjon underveis for å vurdere om vilkårene satt av fullmaktsgiver er oppfylt. Pasienten har i dag mulighet til å samtykke til at pårørende informeres jf. § 3-3. Det vil også gi mening om fullmektig her kan tre inn i pasientens rett til å bli informert jf. pasrl. § 3-2, fordi det vil være fullmektig som skal avgjøre om vilkårene satt i fullmakten er oppfylt basert på den informasjonen han får fra helsepersonellet om pasientens situasjon. Retten og plikten til å få informasjon underveis er noe annet enn kravet om at pasienten må være opplyst før han gir fullmakten.

En annen situasjon er der pasienten skal opereres for noe som kan medføre at det må tas stilling til ytterligere inngrep; fullmektigens oppgave kan være å ta stilling til det mens pasienten er bevisstløs. Heller ikke her vil det være nødvendig med mer informasjon hvis fullmaktsgiver har gitt fullmektig klare retningslinjer for når videre inngrep skal tillates.

Halvorsen viser til en tysk underrettsdom fra Landesgericht Göttingen som gir et eksempel på at en lege ikke forholdt seg til at en pasient hadde bemyndiget ektefellen til å treffe avgjørelser på hans vegne.⁶⁷ Mannen var engstelig og hadde avtalt med legen at kona skulle underrettes og ta avgjørelsen hvis det viste seg under en innvendig undersøkelse at det var indikasjon for å utvide med et bestemt inngrep. Legen unnlot å kontakte ektefellen. Retten viste til at legen hadde diskutert utvidelsen med en kollega. De viste deretter til at det ikke var noen hindringer for at legen kunne kontaktet ektefellen og fått hennes samtykke, selv om det var uvanlig. Legen ble i denne saken erstatningsansvarlig for å ha satt seg utover pasientens selvbestemmelsesrett.

Jeg vet ikke om pasienten i denne saken var bevisst eller ikke, men siden det var snakk om en invasiv undersøkelse, taler mye for at han ikke var bevisst. Dommen er et eksempel på at pasienten ønsket at representant skulle underrettes og avgjøre, dette fant den tyske domstolen at han hadde rett til. Om det samme hadde vært utfallet dersom denne saken hadde kommet opp i Norge, er vanskelig å si med sikkerhet. Men gode grunner taler for at hvis pasienten har en fullmektig, og det er tid og anledning til å nå vedkommende, må legens plikt til å innhente tillatelse vurderes på samme måte som om det var pasienten som kunne gi den. Representanten skal da informeres og ta beslutninger i pasientens sted.

I likhet med eksemplene over ser jeg for meg at dersom pasienten har bestemt seg for at det er visse former for behandling han ikke under noen omstendighet vil gjennomgå, og han har

⁶⁷ Halvorsen (1998) s.125

informert fullmektigen om dette, kan jeg ikke se at loven hindrer dette på bakgrunn av det pasientlovgivningen sier om informert samtykke.

Spørsmålet om en fullmakt ikke kan rekke lenger enn de situasjoner pasienten kan forutsi på fullmaktstidspunktet er enklest å besvare der fullmakten dekker en klart beskrevet fremtidssituasjon, som i mitt første eksempel. Eller fullmakten relaterer seg til behandlingsmåter som pasienten uansett ikke ønsker.

Det vil være vanskeligere i tilfeller der pasienten for all fremtid vil slippe å ta avgjørelser selv, dvs. en generalfullmakt. I punkt 6.2.2 drøfter jeg den generelle gyldigheten av en generalfullmakt.

PASIENTENS RETT TIL Å NEKTE Å TA I MOT INFORMASJON

Hvis pasienten kan frasi seg retten til informasjon før han selv samtykker, kan dette tale for at fullmektigen heller ikke må gi en fullmakt på bakgrunn av konkret informasjon.

En presisering av pasientens retten til informasjon jf. pasrl. § 3-2 første ledd står i bestemmelsens annet ledd. ”Informasjon skal ikke gis mot pasientens uttrykte vilje, med mindre det er nødvendig for å forebygge skadevirkninger av helsehjelpen, eller det er bestemt i eller i medhold av lov.” Etter ordlyden er det opp til pasienten selv om han skal ha informasjon. Og så lenge manglende informasjon ikke vil kunne medføre skader, står pasienten fritt til ikke å motta informasjon. Dette kan brukes som et argument for at det er opp til pasienten hvor mye konkret informasjon han bygger sin fullmakt på.

Etter forarbeidene innebærer den nevnte regelen at pasienten har selvbestemmelsesrett mht. om informasjon skal gis. ”Helsepersonell skal innenfor visse grenser respektere pasientens ønske om å ikke bli informert. Retten til å nekte å motta informasjon kan imidlertid ikke gjelde uinnskrenket.”⁶⁸ Deretter vises det til at det i noen tilfeller vil måtte informeres på grunn av for eksempel smittevernloven § 2-1. Det kan også bli nødvendig å informere pasienten mot hans vilje av hensyn til å forebygge skadevirkninger. I disse tilfellene vil forsvarlighetskravet som gjelder for helsepersonell medføre at helsehjelp ikke kan gis dersom pasienten nekter å ta i mot informasjonen.

Dersom en pasient er bevisst og samtykkekompetent, men ikke ønsker å ta del i egen helse-situasjon, kan smittevernloven og hensynet til å forebygge skadevirkninger medføre at pasienten må informeres personlig. Selv om en fullmektig i en del av disse situasjonene vil kunne

⁶⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.129

avhjelpe for eksempel en smittefare ved å overholde de retningslinjer som gis pasienten, må hensynet til fullmektigen selv, som kan bli utsatt for fare, tale for at pasientens ønske om å overlate beslutninger og informasjon til andre må vike. Smittevernloven vil i denne typen situasjoner legge en begrensning på disposisjonsretten til fullmaktsgiver.

SITUASJONER SOM IKKE ER BESKREVET I FULLMAKTEN

Spørsmålet videre er hva som skjer hvis det skulle oppstå situasjoner som ikke er beskrevet i fullmakten. Dette vil også være tilfelle der pasienten har gitt en generalfullmakt. Da vil ikke en del situasjoner som kan oppstå nødvendigvis være beskrevet i fullmakten.

Det er vanskelig å si med sikkerhet hva pasienten faktisk vil mene når forskjellige spørsmål kommer opp. Der pasienten fremdeles er samtykkekompetent, vil man kunne, og nok også være forpliktet til, å forhøre seg med ham hvis situasjonen forandrer seg i så stor grad at tidligere gitt informasjon ikke lenger er dekkende for å kunne avgi et veloverveid samtykke.

Noen pasienter kan tenke på forhånd at dette er en situasjon de ikke vil holde ut, men når situasjonen oppstår finner man en annen mening med tilværelsen. Uavhengig av om pasienten har avgitt en fremtidsfullmakt med klare rammer basert på informasjon han hadde på det tidspunkt han ga fullmakten, eller om fullmakten er en generalfullmakt, vil fullmaktsgiver kunne forandre mening. Mot dette har man ingen garanti.

De vanskeligste situasjoner vil være der pasienten er dement i en slik grad at de selv mister sin rettslige handleevne. At fullmektig her skal kunne gis en generalfullmakt innebærer at pasienten ikke vil knytte sine fremtidige beslutning opp mot gitte fakta, men bare gi hele myndigheten til noen andre. Det er disse situasjonene som vil være vanskeligst å begrunne i forhold til kravet om et informert samtykke.

Gode grunner taler for at en fremtidsfullmakt i helseforhold må inneholde klare retningslinjer for hva pasienten ikke vil utsettes for av behandling, eventuelt tilsvarende klare føringer for når behandling skal avsluttes.

Mot dette taler lovteksten i pasrl. § 4-7. I henhold til denne regelen kan vergen samtykke for pasienter uten rettslig handleevne. Ordlyden her stiller ikke noe krav om at den som mister sin rettslige handleevne må ha angitt klart i fremtidsfullmakten hvilke behandlinger fullmektigen kan samtykke til. Ordlyden i § 4-7 taler for at representanter ellers også må kunne tre inn og få informasjon i pasientens sted, og så avgjøre hva det skal samtykkes til på bakgrunn av informasjonen og i samsvar med fullmaktsgivers interesse, se punkt 6.1.4. Ordlyden i § 4-7 ser ut til å gi vergen en generalfullmakt på vegne av pasienten. Det samme ser det ut til at Syse

mener når han viser til at vergen etter § 4-7 gis samme rett som helsepersonell har etter § 4-6.⁶⁹

Det er usikkert hvordan kravet til gyldig samtykke påvirkes av fullmektig. De tilfellene der pasienten ikke trenger ytterligere informasjon for å gi fullmakt vil ikke være problematisk. Det kan se ut som pasientrettighetsloven også åpner for at gyldig samtykke ikke er en begrensning på å gi generalfullmakt siden det er dette pasrl. § 4-7 ser ut til å gjøre. Hensynet til pasientens selvbestemmelse kan tale for at fullmektigen kan overta pasientens rett til å få informasjon for deretter å avgi et gyldig samtykke.

6.2.4 Fullmaktsgivers interesse som ramme for fullmakten

Selv om fullmektig har fått en generalfullmakt av pasienten, står han ikke fritt til å ta beslutninger for pasienten. Uavhengig av hva slags fullmakt vi har med å gjøre, vil en ramme for fullmakten alltid være at fullmektig skal opptre i fullmaktsgivers interesse.

Spørsmålet er hvilke begrensninger som ligger på fullmektigens diposisjonsmuligheter med bakgrunn i fullmaktsgivers interesse.

I vgml. § 85 (1) har det blitt lovfestet at fullmektigen skal handle i samsvar med fullmakten og fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter. At fullmektig skal opptre i samsvar med fullmaktsgivers interesse, gjelder også generelt mellom avtaleparter, og er av mange omtalt som lojalitet mellom kontraktsparter.⁷⁰ Dette gir oss likevel ikke noe klart svar på hvilken ramme pasientens interesse vil medføre for fullmakten.

I forarbeidene til pasientrettighetsloven har departementet uttalt at ”i saker der hjelpeverge nekter medisinsk behandling av en pasient som ikke kan gi samtykke, kan ikke hjelpevergens avgjørelse settes til side så lenge det antas at avgjørelsen ikke strider mot pasientens vilje”.⁷¹ Dette taler for at departementet legger til grunn at der man har lovfestet delegasjon av samtykkekompetanse, skal man legge vekt på det representanten mener er pasientens vilje, med mindre man har argumenter som tilsier at det motsatte.

Følgende utsnitt fra departementets høringsbrev hvor de drøfter en hjelpeverges rett til å samtykke, taler i samme retning:

⁶⁹ Syse (2015) s.443

⁷⁰ Hov og Høgberg (2009) s.38-42 og Giertsen (2014) s.11

⁷¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.86

”Unntak fra dette gjelder dersom det er grunn til å anta at de synspunktene representanten gir uttrykk for strider mot pasientens egne. I slike tilfeller gjelder det antatte samtykket som er hjemlet i første ledd.”⁷²

Syse sier det samme ved at han legger til grunn at:

”Det er ikke den pårørendes egne verdioppfatninger som skal danne utgangspunkt for vurderinger og avgjørelser på vegne av pasienten, men hva som en med en viss grad av sannsynlighet ville kunne formode at vedkommende selv ville ha samtykket til, dersom da vedkommende hadde vært i stand til det.”⁷³

At fullmektig må holde seg strengt til det som må anses å være i pasientens interesse, kan ikke bare vurderes ut fra hva pasienten har gitt uttrykk for er hans interesse, men også hva helsepersonell mener er i pasientens interesse. Dette momentet må særlig komme inn hvis man står overfor en situasjon som er på kanten av hva fullmakten dekker eller en generalfullmakt som nevnt i punktet over. I disse tilfellene kan ikke fullmektig stå like fritt som pasienten selv. Dette vil innebære at fullmektigen ikke kan treffe avgjørelser for pasientens helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige, noe pasienten imidlertid kan gjøre på egne vegne jf. avhandlingens punkt 2.1 jf. Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30.⁷⁴

At dette må er en ramme for fullmektigens disposisjoner, er også en beskyttelse for fullmektigen mot straffeansvar. Pasienten selv kan nekte helsehjelp. Om fullmektigen nekter behandling som er forsvarlig fordi han mener det er i samsvar med pasientens ønske, kan det tenkes at fullmaktsgiver kan saksøke fullmektig for legemsbeskadigelse i ettertid dersom han ikke ønsker å stå ved sine disposisjoner. Fullmektig kan da bli stående med et erstatningsansvar overfor fullmaktsgiver. Man kan si at dette samme prinsipp er formalisert i reglene om foreldres representasjonsrett. Som nevnt i punkt 4.3 har ikke foreldre fri rett til å bestemme hva slags helsehjelp barna skal ha. De har beslutningsmyndighet innenfor gitte rammer.

Fullmaktsgiver kan avslå dersom han ikke ønsker å ta i mot den helsehjelpen som helsepersonellet mener han må ha ut i fra et forsvarlighetskrav. Ingen kan nekte en pasient å forlate et sykehus. Men så lenge pasienten er innlagt, vil en begrensning for hvilke beslutninger som kan tas i spørsmålet om helsehjelp, også være basert på krav til forsvarlighet fra helsepersonellens ståsted.

Dersom fullmektig skal kunne stanse behandling eller gjøre ting som ikke er det beste alternativet i henhold til helsepersonellet, må det være klart i overensstemmelse med fullmakten.

⁷² Høringsnotat: Lov om pasientrettigheter punkt 4.4.2

⁷³ Syse (2015) s.400

⁷⁴ Tilsvarende i Halvorsen (1998) s.123

Dette kan for eksempel tenkes i situasjoner som det første eksempelet jeg kom med under punkt 6.2.3.

Pasientens interesse er en begrensning for fullmektigens disposisjoner. Av hensyn til fullmektigen og helsepersonellens forpliktelser må pasientens interesse i stor grad vurderes ut i fra et helsefaglig perspektiv og ikke hva pasienten selv har oppgitt å være ønsker i spørsmålet om helsehjelp.

6.2.5 Fullmektig handler i strid med fullmakten eller intern instruks

En avtale som fullmektigen har inngått, og som ligger utenfor fullmaktens grense, er ikke bindende for fullmaktsgiveren. Fullmaktsgiveren kan likevel ønske å påberope seg avtalen og godkjenne den.⁷⁵ Der helsepersonellet mener at det fullmektig krever ikke er innenfor fullmaktens grenser, må de kunne forsøke å få godkjenning for dette fra pasienten. I de tilfellene der dette ikke er mulig, kan ikke helsepersonellet bygge sitt rettsgrunnlag på en disposisjon fra fullmektigen som ligger utenfor fullmaktens rammer.

Om fullmektigen handler innenfor fullmaktens rammer, men handler i strid med interne instruksjoner som fullmaktsgiveren har gitt ham, er han utenfor sitt oppdrag.⁷⁶ Dersom fullmektigen er utenfor sitt oppdrag og tredjeperson forstod eller burde forstått det, blir ikke fullmaktsgiveren bundet av fullmektigens disposisjon jf. avtl. § 11. Dette gjelder generelt for fullmaktsforhold.

Når man i kontraktsforhold taler om at fullmaktsgiver ikke blir bundet av fullmektigens disposisjoner, innebærer det at han ikke må stå ved kontrakten. I helseforhold kan ikke dette fungere på samme måte. En disposisjon foretatt av fullmektig i helseforhold er som nevnt ikke en gjensidig bebyrdende disposisjon, helsepersonell har ingenting å vinne på å gi en pasient helsehjelp han egentlig ikke vil ha.

Hvis fullmektigen har handlet i strid med instruks gitt av fullmaktsgiver, kan ikke helsepersonell klandres for å ha gitt helsehjelp i overensstemmelse med fullmakten, men i strid med instruks. Pasienten kan heller ikke ha krav på erstatning fordi det er gitt helsehjelp i strid med instruks så lenge helsehjelpen var innenfor fullmaktens ramme.

Helsepersonell må imidlertid være forpliktet til å stanse helsehjelpen dersom de får opplysninger om at helsehjelp, som de i utgangspunktet trodde var i tråd med fullmakten, viser seg å

⁷⁵ Woxholt (2009) s.257

⁷⁶ Lassen (1992) s.50

være i strid med instruks. Helsehjelp kan være uopprettelig. Dette kan innebære at der helsepersonell lur på om det finnes instruks som fyller ut fullmakten, må de kunne spørre fullmektigen for å forsikre seg om at denne holder seg innenfor fullmaktens rammer og instruks. Jo alvorligere konsekvensene av helsehjelpen er, desto lavere må terskelen være for at helsepersonell kan bryte inn og dobbeltsjekke.

6.2.6 Fullmaktsgiver motsetter seg behandling som er i samsvar med fullmakten

Er fullmaktsgiver avskåret fra å overstyre disposisjoner foretatt av fullmektigen etter at fullmakt er gitt?

Det vanlige er at fullmaktsgiveren ikke avskjærer seg fra selv å overstyre disposisjoner foretatt av fullmektigen.⁷⁷

Både § 4-5 og § 4-6 har en sikkerhetsventil i siste ledd dersom pasienten motsetter seg helsehjelpen. Om så er tilfelle må helsepersonellet ha hjemmel i ”særlige lovbestemmelser” før de gir helsehjelp. Særlige lovbestemmelser kan være pasrl. kap. 4A om tvang eller hlspl. § 7 om øyeblikkelig hjelp.

At pasientlovgivningen anerkjenner pasientens fysiske uttrykk som sterkere enn den alternative samtykkemuligheten, taler for at der pasienten motsetter seg helsehjelp som fullmektigen har gitt samtykke til, skal behandling ikke gis. I samme retning taler forarbeidene, hvor departementet uttaler følgende:

”For pasienter som ikke er i stand til å avgi gyldig samtykke på egne vegne, kan det legges til grunn samtykke fra representant, eller samtykke som helsepersonell mener pasienten ville gitt dersom han eller hun hadde hatt tilstrekkelig forståelse. Dersom pasienten motsetter seg et tiltak som det ligger et slikt antatt eller representantsamtykke til grunn for, kan tiltaket ikke iverksettes”⁷⁸

Fordi helsehjelp kan ha uopprettelige konsekvenser, og er et direkte inngrep i pasientens personlige sfære, må pasientens uttrykk ved å motsette seg helsehjelp gå foran et samtykke som er innenfor fullmaktens grense. Fullmaktsgiver er uavhengig av fullmaktens grense ikke avskåret fra å overstyre disposisjoner foretatt av fullmektig.

⁷⁷ Woxholt (2009) s.257

⁷⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.79

6.3 Livstestament

Landsforeningen Mitt livstestament, Retten til en verdig død er en organisasjon som ble stiftet i 1977. De som er med i organisasjonen skriver et livstestament. Et livstestament er et dokument der det blir bedt om at ekstraordinære midler ikke tas i bruk for å holde utstederen kunstig i live dersom en ulykke, en uhelbredelig sykdom eller alderdomssløvheter har forårsaket tap av bevisstheten, og det etter legenes vurdering er utelukket at utstederen vil få noen bevisst livsopplevelse senere.⁷⁹

Per i dag er bruken av livstestament ikke rettslig regulert, og det er usikkert hvorvidt et livstestament er bindende for helsepersonell.

Spørsmålet her er hvorvidt et livstestament fungerer som en upersonlig fullmakt som vil være bindende for helsepersonell.

Bruken av livstestament tar i hovedsak sikte på å regulere behandling i livets siste fase. Pasrl. § 4-9 andre ledd tillater i dag en døende pasient å motsette seg livsforlengende behandling. Siden vgml. kap. 10 nå anerkjenner fremtidsfullmakter som bindende juridiske dokumenter, tilsier dette at et livstestament skal anses som en upersonlig bindende fullmakt til de som senere skal ta en avgjørelse om helsehjelp.

Det kan – og bør – stilles spørsmål om når en pasient egentlig er døende. En pasient som ikke selv er i stand til å motsette seg behandling, er også avhengig av at dennes pårørende eller fullmektig og helsepersonellet etter en selvstendig vurdering finner at dette er pasientens ønske og at det åpenbart bør respekteres. At det i loven gis rom for at helsepersonellet skal ta stilling til om ønsket ”åpenbart bør respekteres” innebærer at det skal ikke mye til før det ikke nødvendigvis må respekteres. Denne terskelen strider mot det grunnleggende kravet til personlig integritet og autonomi i helseforhold, men viser hvordan hensynet til helsepersonellens forpliktelser er forsøkt veid opp mot den individuelle pasients ønsker i lovgivningen.

Bruken av livstestamenter sett opp mot dagens pasientlovgivning er i stor grad et spørsmål om denne skjønnsmessige adgangen til å se bort fra om det man antar er pasientens ønske skal opprettholdes, og eventuelt i hvilke tilfeller.

Domstolene har ennå ikke hatt en sak om livstestament til behandling. Det er derfor usikkert hvordan de vil forholde seg til livstestamenter. En kan likevel tenke seg at dersom spørsmålet

⁷⁹ <https://snl.no/livstestament>, sist aksessert 24.3.15

skulle komme opp og domstolen skulle anse testamentene som ikke bindende, vil de likevel måtte ta hensyn til testamentet som et uttrykk for pasientens vilje.

Bruken av livstestamenter ble utførlig drøftet av departementet i forbindelse med den nye pasient- og brukerrettighetsloven.⁸⁰ Det ble løftet fram at hovedproblemet med å tillegge en fortidig nektelse vekt i avgjørelsen om videre behandling skal gis, er at man ikke har noen garanti for at personen ikke har ombestemt seg. Mot dette ble det sagt at et livstestament kan gi et sikrere uttrykk for pasientens vilje enn rene spekulasjoner. Men fordi det er snakk om å avslutte potensielt livsnødvendig behandling, bør man være helt sikker på at dette er i samsvar med pasientens vilje.

Spørsmålet om et livstestaments juridiske gjennomslagskraft er fullt av vanskelige etiske problemstillinger. Om dette uttalte departementet:

”Det faktum at pasienten ikke er i stand til å ytre seg med tilstrekkelig klarhet utelukker ikke nødvendigvis at pasienten kan ha en vilje. Det kan også hevdes at enhver behandlingsnektelse nødvendigvis må ha en fortidig karakter i den forstand at ønsket må ha kommet til uttrykk før helsepersonellet tar beslutningen om hvorvidt behandlingen skal iverksettes. Det er likevel en vesentlig forskjell mellom et ønske som er kommet til uttrykk i den aktuelle situasjonen og en viljesytring som er avgitt på et tidligere tidspunkt. Pasienten vil sjelden kunne forutse hvilke sykdommer som kan oppstå eller hvilken behandling som blir aktuell. Pasienten vil oftest ikke på forhånd kunne vurdere hvordan vedkommende vil oppleve sykdomstilstanden og behandlingen i situasjoner der vedkommende har en bevisst livsopplevelse. Et livstestament vil nødvendigvis måtte gis en nokså generell utforming, og vil vanskelig kunne være dekkende for alle de mulige alternative behandlingssituasjoner pasienten vil kunne komme i.”⁸¹

Det er riktig som departementet sier, at pasienten sjelden vil kunne forutsi hvordan han vil oppleve en fremtidig sykdomssituasjon. Faren man ser er at en pasient kan finne en mening i en tilværelse de tidligere tenkte ville være meningsløs. En kan likevel spørre seg om det er mest gunstig slik departementet her legger opp til at man i disse situasjonene, slik det nå er, legger beslutningsmyndigheten til helsepersonellet. I henhold til dagens pasientlovgivning er det helsepersonellet som vil sitte med beslutningsmyndigheten der pasienten ikke har samtykkekompetanse jf. pasrl. § 4-6 annet ledd. I NOU 1997:2 kom utvalget med følgende treffende bemerkning ”helsepersonell er spesialister på sine fag – pasienter er spesialister på sine liv”⁸² En pasient vil kanskje ikke vite hvordan de vil reagere på en fremtidig sykdomssituasjon, men

⁸⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.89

⁸¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.89

⁸² NOU 1997:2 s.10

vil helsepersonell vite bedre? Et livstestament vil, som departementet også sier, måtte ha en noe generell utforming. Men det hindrer ikke at man setter et spørsmål om helsehjelp opp mot et livstestament, og ser om dette kan gi svar på hva pasient ønsker. Det må være den som skriver et livstestament som har risikoen om det oppstår situasjoner som faller utenfor livstestamentets ramme. Det gir likevel mening om helsepersonell er forpliktet til å gå til livstestamentet for å se om de der kan finne rettsgrunnlag for helsehjelpen ved at livstestamentet er et uttrykk for pasientens vilje.

Departementet kom til slutt fram til at ordningen med livstestamenter ikke bør lovfestes. At det ikke er lovfestet gir oss likevel ikke svar på om det vil være juridisk forpliktende for legen å ta hensyn til et eventuelt livstestament når han skal avgjøre hva slags behandling som skal gis.

Den danske pasientrettighetsloven inneholder bestemmelser om opprettelsen av livstestament som medfører at helsepersonell ikke skal gå inn med livsforlengende behandling dersom et livstestament presiserer at dette er pasientens ønske. Den danske loven lar beslutningene til-
ligge enhver over 15 år.⁸³

Helsedirektoratet har i en veiledning fra 2009, revidert i 2013, gitt sine anbefalinger om beslutningsprosesser ved begrensnig av livsforlengende behandling.⁸⁴ I situasjoner der man har å gjøre med en voksen pasient som mangler samtykkekompetanse, tar direktoratet opp muligheten for at pasienten har skrevet et livstestament. De stadfester at et livstestament ikke er juridisk bindende og at vurderingen av hvor stor vekt det skal tillegges vil avhenge av hvor gammelt det er og om det kan antas at pasienten har endret mening. Til slutt sier de at et livstestament bør respekteres dersom det er klart at betingelsene som skisseres i livstestamentet er oppfylt.

Det kan virke som helsedirektoratet legger til grunn at et livstestament skal være bindende ved spørsmål om helsehjelp. Om ikke bindende, kan det se ut som det skal være veiledende. Dersom det er meningen at dette skal være rettstilstanden, er det være uheldig at dette fremkommer i en veiledning fra Helsedirektoratet som ikke er direkte knyttet til livstestamenter. Om en behandlingsansvarlig søker etter informasjon rundt livstestamenter, er det ikke nødvendigvis her han vil lete. Det er også beklagelig at de ikke er tydeligere når de først kommenterer bruken av livstestamenter. At helsedirektoratet uttaler at livstestamenter bør respekteres vil nok ikke medføre en enhetlig praksis. Det er kanskje heller ikke meningen med

⁸³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.88

⁸⁴ Beslutningsprosesser ved begrensnig av livsforlengende behandling, utgitt 04/2009, revidert 07/2013, bestillingsnummer: IS-2091

kommentaren. Inntil klarere retningslinjer foreligger, må det være slik at livstestamentene vurderes konkret.

I 2014 kom en offentlig utredning om prioriteringer i helsetjenesten.⁸⁵ Blant spørsmålene utvalget vurderte var om vi i norsk helsevesen overbehandler ved livets slutt. De drøftet blant annet at helsepersonell opplever en sterk plikt til å behandle dersom følgen av ikke å gjøre det er at pasienten dør. Dette må sees opp mot at pasienter og pårørende frykter å ikke kunne si nei til livsforlengende behandling når de kommer i livets slutfase. Utvalget trakk fram bruken av livstestament som et eksempel på behovet enkelte har for å forsikre seg mot det de mener er overbehandling og en uverdigg død. Det ble også vist til at det innenfor feltet palliativ medisin er et stort og til dels udekket behov for at alvorlig syke mennesker blir tatt med i planleggingen av hvordan de vil ha sin siste levetid.

I en artikkel fra 1992 gir Hennum uttrykk for at et livstestamentet ikke er annet enn et skriftlig avslag på fremtidig behandling. Hun ser ingen tungtveiende argumenter for at et avslag på fremtid behandling skal behandles annerledes enn et avslag på aktuell behandling. Hun mener derfor at et livstestament er like bindende som avslag på behandling ellers. Hennum mener at ved å gjøre testamentene rettslig bindende vil en kunne oppnå en mer ensartet praksis på området.⁸⁶ I motsetning til Hennum gir Aasen, i sin doktorgradsavhandling om pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, ganske tydelig uttrykk for at hun mener at hlspl. § 7 og lovens forpliktelse til å yte hjelp setter en stopper for vektleggingen av livstestamenter.⁸⁷

Våren 2014 ble det publisert noen nyhetsartikler om en pasient i Nordland som ikke hadde blitt hørt gjennom sitt livstestament.⁸⁸ Da pasienten ble akutt syk i 2008 med hjernebetennelse, tok barna med sin fars livstestament til sykehuset, men de fikk ikke gjennomslag hos legene. Lederen i Nordland legeforening gikk senere ut og beklaget at familiens ønske ikke ble respektert. Lederen i den lokale legeforeningen sa han var redd for at leger ofte fokuserer for mye på å være best i klassen til å redde liv og for lite på om det er i tråd med pasientens ønsker.⁸⁹

At legene med behandlingsansvar og lederen for Nordland legeforening i den nevnte saken var uenige om et livstestament skal være bindende, viser at praksisen ikke er lik blant helse-

⁸⁵ NOU 2014:12 s.150

⁸⁶ Hennum (1992) s.117-118

⁸⁷ Aasen (2000) s.505

⁸⁸ <http://www.nrk.no/nordland/-et-overgrep-at-far-ikke-fikk-do-1.11621593>, sist aksessert 25.3.15

⁸⁹ <http://www.nrk.no/nordland/-livet-ma-fa-ga-sin-naturlige-gang-1.11644022>, sist aksessert 25.3.15

personell. At helsepersonell ikke er enige om dette vil medføre at det er tilfeldig om en pasient høres gjennom sitt livstestament.

Det er mange som har fremmet usikkerheten rundt et livstestaments bindende kraft. På motsatt side i debatten har Johs.Andenæs, Anders Bratholm, Finn Seyerstedt og Frode Sulland støttet arbeidet til Foreningen Retten til en verdig død, og hevdet at et livstestament må være juridisk bindende

Når spørsmålet dukker opp må de behandlingsansvarlige ta en beslutning om hvilken vekt de skal tillegge et livstestamentet. At det ikke foreligger noen klare retningslinjer på hvor forpliktet de er til å ta hensyn til livstestamentet, gjør ikke beslutningen enklere. Samtidig er det klart en utfordring å regulere noe som i stor grad vil bero på etiske vurderinger av den enkelte situasjon. Selv ser jeg for meg noe midt mellom Hennum og Aasen; et livstestament er et avslag på fremtidig behandling og et uttrykk for pasientens ønsker, men i noen tilfeller vil helsepersonell være nødt til å gi umiddelbar nødvendig helsehjelp fordi det kan ta tid å gjennomføre prognosevurderingen av om vilkårene i testamentet er oppfylt. Og innen dette er gjort kan man ha mistet pasienten.

7 Avsluttende betraktninger

Det utfordrende ved bruk av helsefullmakter er at det rettslig er uavklart hvilke krav som stilles.

Jeg tror ikke at årsaken til manglende retningslinjer på feltet har sin årsak i at fullmakter ikke blir brukt. Jeg tror heller at bruken av fullmakter blir avgjort av behandlingsansvarlig uten at han nødvendigvis forstår eller definerer det som skjer som et spørsmål om representasjon. Dersom en datter ringer legen for påfyll av en eksisterende resept for sin syke far, er det ikke sikkert at legen tenker på dette som en form for representasjon. Jeg tror også at det oftest vil være aktuelt å velge mellom to likestilte former for helsehjelp, og at spørsmålet ikke blir satt på spissen før helsepersonellet er uenig i det valget som ønskes tatt på vegne av pasienten.

Kjønstad sier i sin bok at det er lite tenkelig at bruk av fullmektig vil bli forsøkt nektet av helsearbeidere eller helsetjenesten.⁹⁰ Som vist i punkt 6.3 i forbindelse med pasienten i Nordland, er jeg uenig i dette. Jeg tror særlig at uerfarne leger som er uenige i valgene til pasienten eller hans fullmektig, kan være mer opptatt av å behandle enn å sikre at pasientens vilje kommer frem. En uerfaren lege kan både være opptatt av å demonstrere klinisk kompetanse ved å redde liv, og av å sikre seg mot anklager om mangelfull behandling. Fordi det ikke finnes et regelverk som sikrer en enhetlig praksis, tror jeg det vil være tilfeldig om en pasient høres gjennom sitt livstestament eller ikke. Det samme tror jeg gjelder for fullmakter i helseforhold. Fordi det ikke finnes regler eller praksis for hvordan helsepersonell skal forholde seg til helsefullmakter, vil det være opp til den enkelte som er ansvarlig for å sikre rettsgrunnlag for helsehjelp, om de anser fullmakten å være rettsgrunnlag nok.

Lovgiver ønsker så liten bruk av tvang som mulig.⁹¹ Å gi pasientene frihet til å velge en ordning som passer dem, og som for dem er tillitsskapende, er en måte å unngå tvang. Å gi pasientene en tydelig mulighet til å benytte seg av fullmektig i helseforhold tror jeg vil kunne virke tillitsskapende, og på den måten forhindre nødvendigheten av tvang eller andre alternative rettsgrunnlag. Og man vil i større utstrekning knytte helsehjelpen opp til pasientens ønsker.

Med tanke på pasienter som ikke er samtykkekompetente på behandlingstidspunktet kan det synes underlig at lovgiver ikke har lovfestet en rett for pasienten til representant, når dette anerkjennes for andre pasientgrupper i pasientrettighetsloven.

⁹⁰ Kjønstad (2013) s.210

⁹¹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.18

På bakgrunn av oppgavens drøftelser mener jeg det hadde vært hensiktsmessig med en tydeligere regulering av hvilke krav som stilles til bruk av fullmakter i helseforhold. Det er likevel ikke tvil om at bruken av fullmakter i helseforhold reiser komplekse etiske utfordringer.

At det hadde vært hensiktsmessig med en tydeligere regulering kan også sees i sammenheng med at bruk av fullmakter i helseforhold ikke bare skal være tillitsskapende for pasienten. Helsepersonellet må også ha tillit til prosessen. De skal ikke gis et paternalistisk overtak på pasienten, men de skal gis en reell mulighet til å ivareta de etiske forpliktelsene som stilles til dem i deres yrke.

Det kan være at lovgiver ikke ønsker å rettsliggjøre bruken av fullmakter i helseforhold fordi det kan medføre flere spørsmål enn man klargjør. Og jeg er enig i at det ikke nødvendigvis er gunstig å rettsliggjøre alt.

Jeg tror likevel at det kunne vært hensiktsmessig om lovgiver sa noe om bruken av representanter i helseforhold. Pasienter som møter helsevesenet er ofte i en sårbar og usikker situasjon, og mange har til dels store velferdsmessige behov. Man har sett fra andre rettsområder at det kanskje er denne gruppen som trenger en klargjøring av sine rettigheter for å tydeliggjøre hva de har rett til innenfor et system som ofte synes å være mer opptatt av effektivitet fremfor hensynet til den enkelte.⁹²

Til syvende og sist må det nok være som det ble sagt i forarbeidene til pasientrettighetsloven at der man ikke får klarhet i et eventuelt fullmaktsforhold må dette avhjelpes av legenes behandlingsplikt.⁹³

⁹² Andenæs (2006) s.592-593

⁹³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.84

Litteraturliste

Lover

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april
- 1902 Almindelig borgerlig (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven – avtl.) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1967 Lov om behandlingsmåte i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr.
- 1972 Lov om arv m.m. (Arvelova) av 3. mars 1972 nr. 5
- 1973 Lov om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m (Transplantasjonsloven) av 9. februar 1973 nr. 6
- 1980 Lov om leger (Legeloven) av 13. juni 1980 nr. 42 (OPPHEVET)
- 1992 Lov om barneverntjenester (Barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100
- 1994 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smittevernloven) av 5. august 1994 nr. 55
- 1999 Lov om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven – pasrl.) av 2. juli 1999 nr. 63
- 1999 Lov om helsepersonell m.v. (Helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64
- 2010 Lov om vergemål (Vergemålsloven) av 26. mars 2010 nr. 9
- 2014 Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m (Bioteknologiloven) av 9. mai 2014 nr. 15

Forarbeider

- | | |
|---|--|
| NOU 1997:2 | Pasienten først! – Ledelse og organisering i sykehus |
| Høringsnotat : Lov om pasientrettigheter 1997 | Høringsnotat – Lov om pasientrettigheter, Sosial- og helsedepartementet |
| Ot.prp.nr.12 (1998-1999) | Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) |
| NOU 2004:16 | Vergemål |
| Ot.prp.nr.64 (2005-2006) | Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse) |
| Ot.prp.nr.110 (2008-2009) | Om lov om vergemål |

Rettsavgjørelser

Rt. 1993 s. 312

Rt. 1995 s. 46

Rt. 2000 s. 646

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2004 s. 1528

Rt. 2010 s. 612

RG 1981 s. 276 Agder

Rundskriv og annen tolkningsuttalelse fra forvaltningen

Helsedirektoratet Beslutningsprosesser ved begrenning av livsforlengende behandling,
utgitt 04/2009, revidert 07/2013, bestillingsnummer: IS-2091

Sosial- og Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet I-2000-60 DEL 1
helsedepartementet

Internasjonale traktater og retningslinjer

Europarådsrekommendasjon	Europarådsrekommendasjon R (99) 4 Of the committee of ministers to member states on the principles concerning the legal protection of incapable adults, 1999
Oviedokonvensjonen	Europarådets bioetikk-konvensjon, Oviedo 1997
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York 1966
Verdenserklæringen	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, Paris 1948
WHO	A declaration of the promotion of patient's rights in Europe, European Consultation on the rights of patients, Amsterdam 1994

Internasjonale lover

1985	England og Wales: Enduring Powers of Attorney Act (OPPHEVET)
1998	Tyskland: BGBs fjerde bok om familierett "Vorsorgevollmacht"
2000	Skottland: Adults with Incapacity Act 2000

Internasjonale forarbeider

SOU 2004:112

Frågor om Förmyndare och ställföreträdare för vuxna - Band II

Bøker og artikler

- Andenæs, Kristian *Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial*, Tidsskrift for samfunnsforskning – 2006 – Nr. 04, s. 587-599
- Arnholm, C.J. *Alminnelig avtalerett*, 1949
- Danielsen, Svend *Fremtidsfuldmagter – et nyt retsinstitut*, tillegg til NOU 2004:16 Vergemål s. 391-402
- Frantzen, Torstein *Fremtidsfuldmagter*, Det 38. Nordiske Juristmøte 2008 s.159-171
- Giertsen, Johan *Avtaler*, 2014
- Halvorsen, Marit *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, 1997
- Hambro, Peter *Fremtidsfullmakter 9.2 Skal-kravene i § 81*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2013 s. 160-218
- Hennum, Ragnhild *Straffbar fremskyndelse av døden på alvorlig syke eller døende*, Jussens Venner 1992 s. 106-119
- Hov, Jo og Høgberg, Alf Petter *Alminnelig avtalerett*, 2009
- Kjelleevold, Alice *Idealet om brukerorientering i helse og sosialtjenesten*, Lov og rett 01-02/2006 s. 3-25
- Kjønstad, Asbjørn *Helserett*, 2013
- Kjønstad, Asbjørn *Rett til helsetjenester*, Jussens Venner 3/4 2004 s. 217-272
- Lassen, Birger Stuevold *Kontraktsrettslig representasjon*, 1992
- Sinding Aasen, Henriette *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 2000
- Sinding Aasen, Henriette *Medisinsk behandling og samtykke – noen hjemmelsspørsmål*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1995 s. 853-923
- Syse, Aslak *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2004
- Syse, Aslak *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 2015
- Woxholth, Geir *Avtalerett*, 7. Utgave, 2009

Nettsider

http://www.nrk.no/nordland/_-et-overgrep-at-far-ikke-fikk-do-1.11621593, sist aksessert 25.3.15

http://www.nrk.no/nordland/_-livet-ma-fa-ga-sin-naturlige-gang-1.11644022, sist aksessert 25.3.15

<https://snl.no/livstestament>, sist aksessert 24.3.15